ARNOLDI VINNII JC.

TRACTATUS VARII,

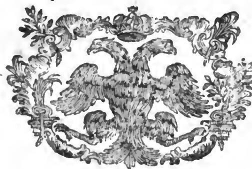
NEMPE DE PACTIS, JURISDICTIONE, COLLATIONIBUS, ET TRANSACTIONIBUS.

CUM INDICIBUS LOCUPLETISSIMIS

QUIBUS ADDITÆ SUNT

SIM. VINNII A. F. ORATIONES.

Editio noviſſima prioribus emendatior.



VENETIIS, MDCCCI.
EX TYPOGRAPHIA BALLEONIANA.

SYLLABUS CAPITUM.

TRACTATUS

De Pactis.

TRACTATUS

De Jurisdictione & Imperio.

TRACTATUS

De Collationibus.

TRACTATUS

De Transactione.

SYL-

SYLLABUS CAPITUM

QUÆSTIONUM JURIS SELECTARUM.

LIBER I.

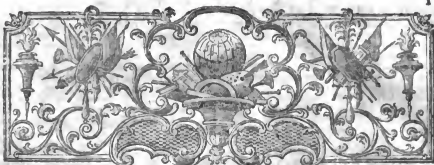
CAPUT I.

L I.

LIBER II.

CAPUT I.

ARNOL-



ARNOLDI VINNII JC.

TRACTATUS. DE PACTIS.

CAPUT I.

Quid pactum, pactio, conventio, pactum conventum.

1\. PACTUM sive pactio est duorum vel plurium in idem placitum consensus. *Placitum & consensus.* Constant. Harmenop. *lib. 1. tit. 9. c. 1. ἀρέσκεια ϗ συγκατάθεσις, Synops. Attaliatæ titul. 6. ἀρέσκεια ϗ συναίνεσις.* In Pandectis Florentinis legitur, *in idem placitum consensus.* Cæterum parum refert, utro modo legas. Ita definitur pactio ab Ulpiano in *l. 1. §. 2. hoc tit.* & eodem modo ab eodem auctore, pactum in *l. 3. de pollicit.*

2\. Unde apparet utrumque idem esse, atque æque late vocis utriusque significationem patere, contra quam existimat Duarenus ad *d. l. 1. §. 2. hoc tit.* In una *l. juris gentium. 7. §. sed cum nulla. 4. & aliquot §§. seqq. eod.* plus sexies promiscue pacti & pactionis verbo idem Ulpianus utitur. Sunt qui putant pactum proprie dici Jus, quod ex pacto existit, sive obligationem ex actu paciscendi natam: sed sine ulla auctoritate, ullave vel in speciem probabili ratione. Nam in *l. 1. §. 1. eod.* tantum grammatica quædam affertur deductio.

3\. Sed & pactum generali significatione non minus late patet, quam nomen conventionis, & contractus quoque omnes continet; quod &

ipsum definitio pacti evidenter ostendit. Etenim si contractus quoque omnis est duorum vel plurium in idem consensus, necessario unum ex his tribus sequitur, ut aut contractus idem sit, quod pactum, aut genus pacti, aut pacti species: atqui nec idem est, quod pactum, nec genus pacti, ac de eo inter omnes convenit: necesse igitur est pacti esse speciem.

4. Nihil officit, quod plus est in contractu, quam in pacto generaliter sumpto: nam semper actu plus est in specie, quam in genere. Quippe genus non est particeps differentiarum, ὃ μὴ ἔχει τῶν διαφορῶν ut docet Arist. *Philipp.* 7. 12. & ut Porphyrius *c.* 3. *διαφορά ἐστιν, ᾧ περισσεύει τὸ εἶδος τοῦ γένους*, & mox, *γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς ὑπ' αὐτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν*. Id est, *genus quidem potentia omnes habet differentias, quæ sub ipso sunt, actu vero nullas*. Etsi autem tota essentia speciei non est in genere: tota tamen generis essentia æqualiter inest in singulis speciebus, semperque genus, ut latius patens, de specie sua prædicatur, & non convertitur. Ut ecce, homo est amplius quid, quam animal seu corpus animatum sentiens; omnis tamen homo est animal: e converso vero non omne animal est homo. Similiter contractus est aliquid amplius, quam pactum in genere sumptum, seu duorum vel plurium in idem placitum: omnis tamen contractus est pactum sive plurium in idem placitum. At vero ex contrario non omne pactum est contractus: verbi causa pactiones ad liberandum comparatæ, placita de contrahendo, puta emendo, permutando, &c. conventiones legitimæ, nec non negotio alicui adjectæ, licet sint pacta, contractus tamen non sunt. Unde Græci Jurisconsulti pactum, quod σύμφωνον vocant, fieri dicunt ἐπὶ τῷ συστῆναι, ἢ διαλυθῆναι ad contrahendum vel distrahendum: contractum vero ὅ ἐστι τὸ συνίστασθαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον, ad constituendam obligationem, & alterum alteri reddendum obnoxium.

5. Hoc quod dicimus, verum esse manifeste quoque arguunt hi loci, *l. si domus* 8. *l. solent.* 15. *de præscript. verb. l. legem* 10. *C. hoc titul.* ubi inter pactum nudum & non nudum hæc distinctio ponitur quod illud actionem non pariat, ex hoc autem nascatur actio præscriptis verbis, item *l.* 6. *C. de jur. dot.* in cujus specie matris pactum dicitur actionem præscriptis verbis constituere. Constat autem inter omnes, actionem præscriptis verbis non dari, nisi ἐκ συναλλάγματος ex contractu, *d. l.* 7. §. 2. *hoc tit.* & pall. *tit. de præscr. verb.*

6. Ad hæc non modo contractus innominatos, verum etiam certo nomine ac forma distinctos generali pacti appellatione contineri apparet ex *l. duo.* 71. *pro soc.* quo loco contractum de societate habitum palam est nominari pactum conventum societatis; & mox iterum pactum conventum de societate. Idem quoque evinci tur ex eo, quod in *l. si unus*, 27. *verf. idem dicemus. h. t.* Paulus scribit, consensu contractam obligationem, & re integra contrario pacto sublatam, veluti empti, novissimo pacto non resuscitari; sed id pactum proficere ad novum contractum. Quid enim hoc aliud est, quam si dixisset, posterius pactum novum esse contractum, novam emptionem? Sane sic idem ille hoc explicat *l. pacta conventa.* 72. *pr. verf. an idem. de contr. empt.* Item ex *l. traditionibus* 20. *Cod. hoc tit.* ubi cum traditio opponatur cuilibet conventioni & pacto nudo a traditione, etiam contractibus nominatis opponitur, veluti emptioni & venditioni: ac proinde illic appellatione pactorum certum est etiam contractus nominatos intelligi *fac.* §. 3. *Inst. de empt.* Denique cum usufructus & servitutes prædiorum dicuntur constitui pactionibus & stipulationibus, §. 1. *Inst. de usufr.* §. *ult. Inst. de serv. præd.* per pactiones necesse est, ut intelligamus contractus quoslibet juris gentium comparatos ad dominium, aut jus aliquod in rem transferendum. Ex his facile occurri jam poterit objectionibus Borcholti. *c.* 1. *de pact. n.* 6. *& seqq.* nec non eorum quoque errori qui asserunt in usu juris nostri non tantum pattum, pactionem, conventionem, sed etiam contractum pro eadem re sumi, nihilque interesse, contraxisse aliqui dicantur, an pacti esse vel convenisse: hoc enim non minus absurdum est, quam si quis dicat, idem significare genus & speciem, animal & hominem; pactio enim & conventio nomina sunt generis, contractus nomen speciei. Itaque etsi qui contraxerunt, etiam pacti esse & convenisse recte dicantur, quod solum probant: tamen ex converso non omnes, qui dicuntur pacti, dici possunt iniisse contractum; ut non multo ante demonstratum est, & plenius demonstrabitur inferius. Venditant illi quidem opinionem suam etiam pro communi interpretum sententia, sed falso: ac ne unum quidem reperiri credimus, qui idem asserat, aut qui neget, quod illi negant, ea quæ sub diversis vocibus idem significant, esse synonima aut ἰσοδυναμοῦντα.

7. In edicto prætor conjunxit hæc duo, *pacta conventa*. *d. l.* 7. §. *ait prætor. ff. hoc tit.* Ulpianus interpres edicti definivit pactionem & conventionem, quæ verba in edicto non sunt: quod & ipsum certum argumentum est, pactionem, pactum, conventionem, conventum idem valere & declarare; quemadmodum etiam convenire & pacisci plerumque pro eodem dicimus. Sic promissum & promissio, præceptum & præceptio, jussus & jussio, inventum & inventio, & sexcenta hujuscemodi idem valent & significant: estque in hisce omnibus eadem analogia & ratio. Sed hic quæret aliquis cum D. Cujacio, cur si pacti aut pactionis nomen æque generale sit, atque conventionis, Ulpianus in *l.* 1. §. 3. *ff. hoc tit.* tantum de verbo conventionis dicat, generale id esse? Respondeo perperam

ram ex eo colligi pastionis aut pacti verbum generale non esse: nam ex definitione, quæ præcedit, satis intelligitur hoc verbum generale esse: sed Jurisconsultus docere voluit etiam conventionis verbum generale esse, de quo prima fronte dubitari poterat propter verbi originem, quod non videtur pertinere ad eos, qui de negotio transigunt, quorum consensus & factum discessio potius, quam conventio videri potest, ut bene Donell. *ad Rubr. C. h.c tit. n.* 10.

8. At dices, huic sententiæ consequens est, prætorem hoc edicto etiam de contractibus edicere: quod tamen & alienum esse videtur a sententia prætoris, qui pollicetur se pacta conventa servaturum, cum contractus satis jure valeant sine tuitione prætoris; & ἄτοπον argumento collocationis edicti: quippe quod non aliam ob causam positum sit inter ea, quæ judicium antecedunt, quam quia pacta ad litem remorandam pertinent: sola autem eo pertineant pacta, quibus id agitur, ne petatur. Hinc denique esse, quod post edictum propositum omnis fere hoc titulo tractatio Jurisconsultorum fit de iis pactis, quibus quid remittitur; quamquam subinde alia miscentur. Ita disputat Duarenus *comment. ad l.* 1. *ff. h. t. & lib.* 2. *disp. c.* 8. Respondeo, hoc edicto edicens prætor, de pactis conventis edicere intelligitur de conventionibus omnibus, ac proinde etiam de contractibus, *arg. d. l.* 1. §. 3. *l.* 7. *pr.* §. 1. & 2. *eod.* quod quidem videri poterat huic loco minus convenire, si hoc solum prætor polliceretur se pacta conventa servaturum: nunc autem excipit ea, quæ dolo malo & contra leges facta sunt, quod est ejusmodi, ut de contractibus fere solis statui necesse fuerit. Nam cum nudæ conventiones actionem non pariant, adversus has reus satis munitus est ipso jure. Porro illa exceptio doli aliave defensio, qua repellitur ex contractu agens, æque ad moram judicio afferendam & tuendum reum pertinet, atque illa, quæ datur ex pacto convento de non petendo. Quod si vera esset sententia Duareni, non hoc efficeretur, contractus non esse pacta, sed illud potius, non alia esse pacta, quam quibus paciscimur, ne petatur, ut recte Baro *ad l.* 7. §. *quinimo. ff. hoc tit.*

9. Ergo, inquis, verba hæc prætoris, *pacta conventa servabo*, sic interpretaris, data aut actione, aut exceptione, prout hac aut illa ad servandum pactum opus erit? Quid ni vero? Sic enim & alibi prætor dicitur tueri adjudicationes, exceptiones, aut actiones dando. *l. inter coheredes*, 44. §. 1. *fam. ercisc.* Contractus igitur servat prætor dando actionem: nam & actiones civiles solent prætores edictis monitoriis proponere, & dare petentibus, *l.* 1. *ff. commod.* Servat conventiones alias seu pacta nuda, siquidem ad liberandum comparanda sunt, dando exceptionem: si vero ad obligandum, non aliter actionem dat, quam si specialiter jure civili aut honorario confirmata sint, aut contractibus bonæ fidei in continenti adjecta, *l.* 6. *l.* 7. §. *quin imo l. si tibi*. 17. §. 2. *ff. hoc tit. l.* 1. *ff. de pecun. constit.* Etenim verba prætoris cum hac moderatione accipienda sunt, *Quod ejus per leges &c. licebit arg. l.* 1. *in fin. ff. ex quib. caus. maj.* Si vero dolo malo, adversus leges, aut bonos mores conventio facta fuerit, eam neutro tuetur modo. Illud non magni ponderis est, quo tamen nonnullos in contrarium moveri video, quod in jure nostro plerumque pacta contractibus opponuntur, atque identidem negatur ex pacto obligationem aut actionem nasci: nam tum pacti verbum in specie sumitur pro pacto nudo, quomodo & passim absolute positum a veteribus accipitur, *d. l.* 7. §. *quin imo.* 5. *ff. h. tit. l.* 10. *C. eod. l. solent*, 15. *ff. de præscr. verb. l.* 1. *C. de pact. conv. tam sup. dot.* Non enim novum est, ut idem verbum & generis nomen sit, & speciei, quod nomina adoptionis, cognationis, notionis &c. satis probant.

10. Quod in definitione mentio fit duorum aut plurium, hoc eo pertinet, ut hinc removeantur ultimæ voluntates, & itidem vota ac pollicitationes, in quibus unius tantum vel testantis voluntas, vel voventis aut offerentis promissum spectatur, *l.* 12. *in fin. de leg. l.* 1. *l.* 2. *l.* 3. *de pollic.* Intelligo autem pollicitationem proprie dictam, id est, quæ fit reipub. Nam id nomen interdum etiam pro promissione stipulanti facta, & pro pacto convento accipitur, *l. ea quæ* 43. §. 1. *de contr. empt. l.* 1. §. *pen. de dot. coll. l.* 6. *C. de dot. prom. l.* 5. *C. de cont. stip.* Votum autem est pollicitatio Deo facta, *c.* 6. & 7. *ext. de vot.* Cicero definit sponsionem, qua Deo obligamur.

11. *In idem* valet in eamdem rem, quæ recipitur, id est, in hoc, ut aliquid fiat negotii vel contrahendi vel dirimendi causa: nam ad materiam subjectam unumquodque referri debet. Neque enim verbi gratia, si duo jurisperiti, de aliqua juris quæstione consulti, idem responderint, talis consensus pactio aut pactum recte appellabitur. Græci expresse addiderunt, *ἐπὶ τῷ συστῆναι ἢ γοῦν γενέσθαι, ἢ διαλυθῆναί τι.*

12. Effectum igitur hactenus est, verba hæc, *pactum*, *pactio*, *conventum*, *conventio*, vi sua generalia esse, ejusdemque omnia significationis. Cæterum, ut quoque dictum est, pacti nomen etiam specialem significationem habet, & a veteribus passim pro forma pacti, quod alias cum adjuncto nudum dicitur usurpari solet: atque hoc etiam usuvenit, cum duo hæc conjunguntur, *pactum conventum*. *l.* 7. §. *quin imo l. si unus*, 27. *in fin. hoc tit. l. pacta conventa*, 72. *de contr. empt. l.* 4. *l. ult. de pignor. cum similib.*

13. Atque ego quidem existimo idem plane esse pactum conventum, quod pactum per se positum, nullaque in re ab altero differre. Duo hæc substantiva, *pactum conventum*, junguntur

plerumque ἀσυνδέτως ut & alia quaedam, veluti *aequum bonum*, *partum pactum*, *sarta tecta*: idque fit rei magis explicandae gratia κατὰ τὸ αὐτό. Aliquando etiam *pacta & conventa* veteres dicebant. Cicero in illa pro *Caecin. Quae judicia, aut stipulationis, aut pacti & conventi formula non infirmari aut infringi potest, si ad verba rem deflectere velimus?* Juvenalis *Satyr. 6.*

Conventum tamen & pactum, & sponsalia nostra
Tempestate paras.

Ubi non satis perite Britannicus *conventum* interpretatur coetum & multitudinem hominum. Seneca 3. *de benefic. Utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec pacta conventaque impressis signis custodirentur*, & apud Paulum *lib. 1. recept. sentent.* titulus primus inscribitur *de pactis & conventis*. Re ipsa autem nihil interest, utrumque, an alterum solummodo exprimatur.

14. Claudius Salmasius, saeculi decus, putat pactum conventum veteribus proprie esse id pactum, quo scripturo interveniente factum est, magistrisque juris omnibus exprobrat hujus rei ignorantiam, *lib. de mod. usur. c. 12.* Ego vero non unam habere mihi rationem videor, cur hoc doctissimo viro concedere non debeam, atque existimem injuste interpretes nostros ab eo reprehendi. Utar eadem libertate adversus summum virum, qua ille usus est adversus alios: nec abnuo, quin ille ipse mihi judex in hac causa detur. Primum illud satis constat, minime quadrare in propriam significationem verbi *conventum*, ut id accipiatur pro scripto aut conventionis instrumento. Deinde cum in edicto praetor ait se pacta conventa servaturum, non magis hoc ad pacta scripta pertinet, quam ad caetera: quemadmodum nec illud, quod dici solet, pacta conventa in continenti adjecta inesse bonae fidei judiciis, *l. 7. §. quin imo, 5. ff. hoc tit.* Pacti conventi exceptio nostris non est exceptio pacti scripti, sed pacti cujuslibet seu justae conventionis, uti & passim promiscue haec nostri usurpant. Si quis mihi veterum scripta in hunc titulum percurrere voluerit, reperiet centies haec nomina, *pactum*, & *pactum conventum*, confundi atque pro eadem re sumi. Qui titulus in pandectis inscribitur *de pactis dotalibus*, in Codice inscriptus est *de pactis conventis tam super dote*, &c. certum autem est utrumque titulum pertinere tam ad pacta dotalia ἄγραφα, quam ad ἔγγραφα: nec ulla est in toto illo titulo Codicis constitutio, in qua haec duo, *pactum conventum*, juncta invenias; sed mentio tantum fit legis aut pacti dotis dationi adjecti, dotalive instrumento interpositi.

Quinimo ipsa illa *l. 4. ff. de pignor.* qua D. Salmasius utitur ad opinionis suae confirmationem, eam perspicue evertit, aut ego vehementer fallor. *Contrahitur*, inquit Cajus, *hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sine hypothecae nomine obligatae. Nec ad rem pertinet, quibus fit verbis, sicuti est & in his obligationibus, quae consensu contrahuntur: & ideo & sine scriptura, si convenit, ut hypotheca sit, & probari poterit, res obligata erit, de qua conveniunt.* Non ait Jurisconsultus hypothecam contrahi per pactum conventum, cum quis scriptura interveniente paciscitur, sed generaliter, cum quis paciscitur: ac proinde etiam cum paciscitur ἀγράφως. Et quia per pactum conventum hypotheca contrahitur, ait nihil interesse, quibus verbis fiat, & posse etiam sine scriptura fieri, ac prorsus ita contrahi, ut contrahuntur obligationes nudi consensus, in quibus, ut substantiam capiat obligatio, sufficit consensum quomodocumque declarari, *l. 2. ff. de oblig. & act.* Ex hoc igitur loco Caji non illud evincitur, quod contendit D. Salmasius, pactum conventum esse, quod scripto consignatum est, sed quod nos asserimus, pactum conventum Cajo idem esse, quod pactum simpliciter sive nudam conventionem, *fac. l. 1. ff. de pign. act. §. item Serviana, 7. in fin. Inst. de action.* Quod si per pactum conventum intelligeret σύμφωνον γεγραμμένον, falsa esset collectio Jurisconsulti, sibique ipse contradiceret.

15. Sed neque Graeci Jurisconsulti, quod pactum conventum nostris dicitur, reddiderunt γραμματεῖον ut idem vir illustris existimat: verum σύμφωνον simpliciter. Titulo codicis *de pactis conventis tam super dote*, &c. respondet titulus apud Constantinum περὶ γαμικῶν συμφώνων & in Basilicis περὶ προικὸς, καὶ τῶν περὶ αὐτῆς τάκτων ἤτοι συμφώνων. Constantinus autem cum hypothecam hoc modo definit; ὑποθήκη μέν ἐστι τὸ παραμένον τῷ χρεώστῃ ὑποτεθέμενον δὲ τῷ δανειστῇ εἰς τὸ γραμματεῖον, ἕνεκεν τῆς τοῦ χρέους ἱκανώσεως, non interpretatur locum aut verba Caji in *l. 4. ff. de pign. & hypot.* sed exprimit sententiam Ulpiani in *l. 9. §. 2. ff. de pign. act.* ubi Jurisconsultus inter pignus & hypothecam hoc ait interesse, quod pignus proprie dicitur, quod ad creditorem transit, hypotheca cum non transit nec possessio ad creditorem: idque ita esse patet ex eo, quod mox apud Constantinum sequitur, ἐνέχυρον δὲ τὸ ἐν χερσὶ διδόμενον τῷ δανειστῇ. *Pignus autem est, quod creditori in manus traditur.* Idem alibi, κυρίως ἐνέχυρον λέγεται τὸ παραδοθὲν τῷ δανειστῇ· τὸ δὲ μὴ παραδοθὲν, ἀλλὰ συμφωνηθὲν ὑποθήκη ἐστίν. *Pignus proprie dicitur, quod creditori traditur, quod vero sine traditione pacto convento contrahitur, hypotheca est.* Nimirum differentia pignoris & hypothecae non in eo consistit quod haec ἐγγράφως illud ἀγράφως contrahatur: sed quod haec pacto convento, id est, ψιλῷ συμφώνῳ, illud non nisi re tradita, *§. item Serviana, in fin. Inst. de action. §. ult. Inst. quib. mod. re cont. obl. d. l. 9. §. 2. de pign. act.* instrumentum intervenerit, nec ne, ad differentiam pignoris & hypothecae nihil attinet, igitur εἰς γραμματεῖον Harmenopulo non est per pa-

ctum

ctum conventum, sed instrumento pacti conventi: quippe qui non ideo γραμματείου meminit, quod sine instrumento hypotheca non contrahitur, sed quia probationis causa scriptura fere adhiberi solet *d. l. 4. ff. de pign. l. 4. ff. de fide instr. cum similib.* In Basilicis autem *lib. 25. tit. 2.* sententia Caji in *d. l. 4. de pign.* his verbis expressa est, ὡς ἐπὶ τῶν ἐνοχῶν τὰς ἐνοχὰς συνίστησι τοὺς ἐπὶ παντὶ συναλλάγματι συναινοῦντας, οὕτω καὶ ἡ ὑποθήκη συμφώνῳ συνίσταται οἵοις δήποτε ῥήμασι καὶ ἀγράφως, τὰ γὰρ ἔγγραφα διὰ τὴν ἀπόδειξιν γίνεται, id est, *quemadmodum in obligationibus fit ut obligatio astringat de re qualibet consentientes, ita & hypotheca pacto convento contrahitur, quibuscumque verbis, etiam citra scripturam: nam scriptura probationis causa fiunt, &c.*

16. Plane fatemur pactum conventum nonnunquam apud auctores usurpari pro instrumento, in quo pactum conventum descriptum est, & apud Ulpianum in *l. duo societatem, 71. ff. pro soc.* sed tropica ista locutio est, non propria, sumpto per metonymiam contento pro continente, ejusdemque tropi usus occurrit etiam in voce *pactum l. 7. §. quod fere, 12. ff. hoc tit.* ibi, *quod fere novissima parte pactorum ita solet inferi*, id est, novissima parte instrumenti de pactis confecti. Nemo tamen ob id dixerit pactum proprie esse conventionem scriptam, sic per eandem figuram lex accipitur pro talibus legis *l. eum debere, 33. ff. de serv. præd. urb. l. si in leg. 24. ff. locat.* & passim apud alios cautio & obligatio pro chirographo, *l. lecta 40. ff. de reb. cred. l. 5. ff. fam. ercisc. l. ult. C. de cond. ex leg. l. 7. de usur. pec.* stipulatio pro stipulationis instrumento, *l. 1. §. pen. ff. de edend.* Cicero, *partitionib. Scriptorum privatum aliud est, publicum aliud. Publicum lex, senatusconsultum, fœdus. Privatum tabulæ, pactum conventum, stipulatio.* Græcis quoque familiare est, ut συμβόλαια ἔγγραφα, sive καταγραφὰς τῶν συμφωνηθέντων, instrumenta pactorum ac conventorum, appellent συμβόλαια simpliciter, figurate tamen, ut ex contento continens intelligatur. Jam etiam cæteris, quæ a D. Salmasio in contrarium afferuntur, facile, ut opinor, obviam iri poterit.

CAPUT II.

De pactis seu conventionibus publicis.

1. *Publica conventio quid & a quibus fiat, & No. 4.*
2. *An Princeps pacem cum hostibus faciens privatorum injurias ob causam belli acceptas remittere possit.*
3. *Privatæ conventionis species est, cum Princeps contrahit cum subditis emendo, vendendo, &c.*
4. *Duces belli citra speciale mandatum pacem aut inducias facere non possunt.*
Vinn. Tract. Varii.
5. *De quibus rebus duces belli recte paciscantur.*

PACTIONUM sive conventionum quædam publicæ sunt, quædam privatæ, *l. convent. 5. ff. hoc tit.* De conventionibus publicis parcius differemus, quoniam ista disputatio Politicorum tota propria est: Nam conventiones publicæ non tam legum civilium auctoritate, quam communi omnium gentium jure reguntur, multumque hic valent, ac præcipuam fidem merentur judicia & sententiæ illustrium Scriptorum, cum Philosophorum & Historicorum, tum Oratorum etiam & Poetarum. Denique juris publici tractatio atque cognitio fere a Jurisconsulto hodie non expectatur, si causas publicorum criminum atque alia nonnulla excipias.

1. Publica conventio, definitore Ulpiano in *l. conventionum, 6. ff. hoc tit.* est, quæ fit ex causa publica. Hujusmodi autem pactorum faciendorum potestas penes eos solos est, qui summæ rei præsunt, aut qui eam potestatem ab his, quorum ea propria est, acceperunt. Ulpianus *d. l. 5.* quid sit publica pactio, declarat duobus exemplis: *publica*, inquit, *conventio est, quæ fit per Principem*, (ita enim omnino legendum est cum Russardo, non *per pacem*, quod idoneum sensum non habet) *aut quoties inter se duces belli quædam paciscuntur.* Græci hunc locum sic reddunt, δημόσια δὲ (σύμφωνα) τὰ περὶ ἐξουσιῶν καὶ ἡγεμόνων ἐθνῶν, πρὸς εἰρήνην τυχὸν, ἢ ἄλλο τι τοιοῦτον, *publicæ conventiones sunt, quæ fiunt per principes aut duces exercitus, veluti ad pacem, aut aliud quid tale.* Et quidem dubium non est, quin Princeps de negotiis ad rempubl. spectantibus recte atque utiliter paciscatur, sive aliud quodcumque fœdus cum hostibus faciat, siquidem pactiones inire etiam quæ bellum finiant, eorum est, quorum est bellum, cum suæ quisque rei moderator sit atque arbiter.

2. Sed quæritur, pacem faciendo cum hostibus, an privatorum damna atque injurias ob causam belli acceptas remittere possit? Et puto posse, arg. *l. 1. §. 2.* in verbis, *sunt enim quædam publice utilia, ff. de just. & jure, c. in nostra*, ibi *pro bono concordiæ, ext. de injur.* Atque omnino concludimus remissionem favore publicæ pacis factam, etiamsi facta sit invitis subditis, valere, si aliter discordiæ sedari & pax haberi nequeat; & maxime cum occupata per injuriam bona longo tempore possessa sunt, quæ si a possessoribus auferantur, multa concuti & perturbari necesse sit. Optimæ conciliationes sunt, quæ iram & offensarum memoriam delent, & ut ait Isocrates Panath. ἐν εἰρήνῃ οὐ προσήκει μνησικακεῖν περὶ τῶν πρὶν γεγενημένων, *in pace non decet ante malorum recordari.* Et omnino in fœderibus ineundis non tam cogitandum est de sarcienda in præsens amicitia, quam id curandum, ne partes, quæ non ad differenda, sed ad auferenda mala conveniunt, bello iterum impli-

plicentur, ut disputat Dionys. Halicarnassensis *lib.* 3. Exemplum habemus apud Val. Maximum *l.* 4. *c. de animi moderatione*, de Thrasybulo, qui cum civitatem Atheniensium triginta tyran notum sævitia liberasset, plebiscitum interposuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret; quæ malorum oblivio *ἀμνηστία* ab ipsis vocitata est. Quod exemplum & M. Tullius aliquando Romæ publico otio consulere volens sequendum esse censuit, *Philip.* 1. *in princ.* Bodin. *lib.* 2. *de repub. c.* 5. *& lib.* 5. *cap.* 6. Grot. *lib.* 3. *de jur. bell. & pac. c.* 20. Duar. *ad l.* 5. *ff. hoc tit.* Gail. 2. *obs.* 57. *& de pace publ. n.* 25. Matt. Cuno *tract. de pact. c.* 22. *per tot.* vide & Vasq. 1. *contr.* 4.

3. Pacti vero non publici, sed privati species est, cum Princeps paciscitur aut contrahit cum subditis, verbi causa, emendo aliquid, aut vendendo: neque enim hoc facit, qua Princeps; & verissimum est, quod vulgo jactatur, Principem in his jure privatorum uti. Nam quod legibus solutus esse dicitur, hoc non eo pertinet, ut ad contractus observantiam adstringi non debeat. Lex naturalis est, quæ fidem servari jubet: quæ proinde neque populi consensu, neque senatus auctoritate solvi potest.

4. Alterum exemplum publicæ conventionis affert Ulpianus *d. l.* 5. *hoc tit.* de ducibus belli inter se paciscentibus. Non tantum igitur Princeps, sive, qui summum imperium habent, pacta cum hostibus inire publicæ utilitatis causa possunt; verum etiam ducibus belli idem permissum est. Cæterum belli duces non nisi de illis rebus quæ ad administrationem belli pertinent, deque his, quæ ipsis concessa intelliguntur, jure pacisci possunt. Unde petenda decisio quæstionis, quæ ab interpretibus movetur, an a ducibus belli citra principis aut populi consensum, cujus nomine & auspiciis bellum geritur, pax aut induciæ constitui possint.

5. Dicendum enim est non posse, nisi hoc specialiter iis concessum sit; eumque, cui ducendi regendique exercitus, aut etiam in universum belli gerendi cura commissa sit, pacem cum hostibus faciendo, fines mandati & muneris sui excedere; neque enim belli gerendi pars est, bellum finire. Agesilai responsum ad Persas fuit, *τῆς πόλεως εἶναι κυρίαν* *pacis arbitrium penes civitatem esse*, Eumenes apud Livium *l.* 37. *Quâ rata ista pax erit, quam non ex auctoritate senatus, non jussu populi Romani peregimus?* Et Sallustius de pace inter Aulum, exercitus Romani ducem relictum, dum frater consul Albinus Romam proficiscitur, & Jugurtham Numidarum regem facta, *Senatus*, inquit, *uti par fuerat, decernit, suo atque populi injussu nullum potuisse fœdus fieri*. Ac pari de causa nec Caudina, nec Numantiana sponsio populum Romanum obligavit.

6. Plane inducias dare ducum est, nec summorum tantum; sed etiam minorum, sed iis solum, quos oppugnant, aut obsessos tenent, & se suasque copias quod attinet: nam alios duces pares non obligant, quod Fabii & Marcelli historia apud Livium *l.* 24. declarat. Manifeste igitur labitur Bartolus in *d. l.* 5. *ff. hoc tit.* cum simpliciter pronuntiat, ducem belli, aut, ut ipse loquitur, capitaneum guerræ posse facere treguam seu inducias indicere. Rursum ducibus non competit, homines, imperia, agros bello quæsitos concedere: qua de causa Syria Tigrani adempta, quamquam Lucullus dederat. In res alias, quæ in præda sunt, jus aliquod concedi ducibus videmus, non tam ex vi potestatis, quam cujusque populi moribus. Enimvero nondum quæsita condonare omnino in ducum est potestate: quia homines cum oppidis sæpe se dedunt sub conditionibus vitæ salvæ, aut & libertatis & bonorum, de quibus summæ potestatis arbitrium exquiri res plerumque non patitur. Plenius hæc exequitur Grot. *lib.* 3. *de jur. belli & pac. c.* 22. add. Bodin. *lib.* 5. *de rep. c.* 6.

CAPUT III.

An fides hostibus, prædonibus, piratis data servanda sit?

1. *Etiam hostibus fidem datam servandam esse.*
2. *Dolus malus est post fidem datam hostem fallere.*
3. *Explanatio* l. 2. C. de commerc. & merc.
4. *Prædones quoque & piratas communionem habere juris naturæ.*
5. *Promissionem impunitatis factam atrox aliquod facinus detegentibus servandam esse.*

FIDEI observatio est ex jure gentium, *l.* 1. *ff. h. t. l. dum amplius* 84. §. 1. *de reg. jur. l. bona fides* 31. *ff. depos.* Itaque cum Jure gentium qualibet justa pactio vim obligandi habeat, apparet etiam hosti fidem datam servandam esse: nam & cum hostibus jus gentium colitur, *l. ult. ff. de legation.* Utique enim si cum hostibus quoque sit communio juris gentium, cum iisdem etiam conventionum, ac proinde & obligationum communio sit necesse est. Silius Italicus *lib.* 25.

——— Optimus ille
Militiæ, cui postremum primumque tueri
Inter bella fidem.

Denique si fidem hostibus datam contemnere liceat, nihil aliud inde sequi poterit, quam perpetua diffidentia, cædes & bellum perenne. Sed hic nobis occurritur ex Ulpiano *l.* 1. §. 3. *ff. de dol. mal.* ubi ait bonum dolum esse, & pro solertia haberi, si quis contra hostem aliquid machinetur, eumque fallat. Cui non absimile illud Augustini in *c. Dominus caus.* 23. *q.* 2. *In justo bello ad justitiam nihil interest, aperte an ex insidiis pugnetur.* Et quod apud Ammianum Marcellinum legimus, *nullo discrimine virtutis ac doli prosperos omnes laudari debere bellorum eventus.*

2. Respondeo, id verum esse concedo ante-

quam

quam fides data est: at fides semel data servanda est, quia cum hoste jus gentium colimus. Augustinus *Epist. 1. ad Bonifacium*, cujus fragmentum relatum est in *cap. noli*, *caus. 23. qu. 2.* *Fides*, inquit, *quando promittitur, etiam hosti servanda est, contra quem bellum geritur*. Hinc est, quod qui legatos hostium violant, eos jus gentium violare apud auctores passim legimus *d. l. ult. de legat.* Liv. *lib. 15. & 38.* Cic. *Verin. 3.* Quamobrem malo, turpi ac vafro commento pacta eluserunt, & perfidiæ velamentum quæsiverunt Thraces, qui olim pacti aliquod dierum inducias, noctu excursiones agebant. Item male Romani, qui cum ex pactis cum Antiocho initis dimidium navium Antiocho relinquere debebant, naves dissecuerunt, dimidiumque incenderunt, altero dimidio relicto. Hic dolus quoniam post fidem datam adhibetur, malus est; cum contra si fides hosti data non sit, licita sit omnis machinatio: eoque pertinet illud Virgilii *lib. 11.*

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat?

3. Udalricus Zasius objicit huic sententiæ *l. 2. C. de commerc. & mercat.* Sed satis constat etiam cum barbaris juris gentium communionem esse, *l. Divus Hadrianus, 6. in fin. ff. de bon. damnat.* Deinde aliud est, aurum illis subtili ingenio & arte honesta subducere, quod licet, aliud fidem datam fallere, quod non licet. Vetat ibi Imperator aurum ad illos exportare: quod & hodie in Anglia, Hispania, & alibi non licet, & ita Athenis multa erant, quæ dicebantur *ἀπόῤῥητα*, nimirum *τὰ ἀπειρημένα ἐξάγεσθαι*, quæ vetita erant e terra Attica exportari, ut *πᾶσα ναυπηγήσιμος ὕλη*, abies, pix, stuppa, &c. Denique jubet Imperator, ut potius ingenio & arte, nempe per negotiationem aurum ex illis locis deducatur in Romanorum ditionem, dum Romani illuc merces deferunt, & pro iis aurum accipiunt.

4. Sed quid de prædonibus & piratis? Sane hi non sunt justi & legitimi hostes, *l. hostes sunt 24. ff. de capt. & postlim.* Cæterum idem hic dicimus, quia etiam cum illis nobis est communio juris gentium, *l. bona fides, 31. ff. depos.* Non habent quidem isti specialem istam communionem, quam inter hostes in bello solemni introduxit jus gentium: attamen quia homines sunt, communionem habent juris naturæ, ex quo nascitur ut pacta sint servanda. Cæsar *lib. 3. de bell. civil.* aperte scribit, actum a Romanis ducibus in Pyrenæis montibus cum prædonibus & fugitivis de compositione, legatosque ad eos missos fuisse. Belli piratici magnam partem Cn. Pompejus pactionibus confecit, vitam illis pollicitus, & sedes, in quibus sine rapto viverent; & tyranni interdum libertatem reddiderunt impunitatem pacti. Diodorus memorat Apollonio fugitivorum duci fidem servatam a Lucullo, alii id genus alia. At inquies, qui atrociter malefici sunt, neque pars sunt ullius civitatis, hi a quovis homine puniri possunt, si jus naturæ respicimus. Qui vero puniri possunt, ut vitam amittant, his etiam & res & jura sua possunt auferri: neque enim est contra naturam spoliare eum, si possis, quem honestum est necare, ut recte disputat Cicero *lib. 3. de offic.* Inter jura autem est etiam hoc jus ex promisso quæsitum: potest igitur & hoc ei in pœnam auferri. Respondeo processurum hoc, si non tanquam cum malefico actum esset: at si quando cum tali, qua talis est, actum est, simul de remittenda, quod hanc rem attinet, pœna actum censeri debet: quia semper ea sumenda interpretatio est, quæ cavet, ne actus in vanum recidat, *l. quotiens 12. l. ubi 21. de reb. dub.* Non male apud Livium *lib. 34.* Nabis, cum tyrannidem ei objiceret Q. Flaminius, *De nomine hoc respondere possum, me qualiscunque sum, eundem esse, qui fui, cum tu ipse mecum, T. Quinti, societatem pepigisti*, & mox: *Jam feceram hæc, qualiacunque sunt, cum societatem mecum pepigisti*, addit, *Si quid ego mutassem, mihi meæ inconstantiæ; cum vos mutetis, vobis vestræ ratio reddenda est.* Grot. *lib. 3. d. jure bell. c. 19. n. 3. & seqq.*

5. Quid dicendum de magistratibus, qui conjurationem in rempub. alludve atrox facinus detegentibus impunitatem aut præmium aliquod pollicentur? Nimirum quibus fides publica ob hujusmodi caussam datur, eos non decipi non modo suadere rationem naturalem, verum etiam civilem quamdam, ne scilicet cæteri in futurum ad similia facinora indicanda fiant tardiores. Atque ita S. P. Q. R. de Catilinariæ conjurationis indicibus Cicerone consule faciendum decrevit, add. Bodin. *lib. 4. de repub. c. 6.* Grot. *lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 18. & 4. seqq.* Hotom. *illustr. contr. c. 7.* Cunon. *tract. de pact. c. 29. n. 35. & seqq.*

C A P U T IV.

De pactis legitimis.

1. *Legitima conventio quid.*
2. *Exempla vetera pactorum legitimorum, & in his specialis juris ratio.*
3. *Aliud exemplum vetus, cum ratione juris singularis.*
4. *Exemplum pacti legitimi recentius, sc. quo dos promittitur.*
5. *Alia nova species, pactum donationis.*
6. *Item alia, qua usuræ argentariis promittuntur.*
7. *Ad pacta legitima referri posse & pacta honoraria, constitutum, & conventionem de pignore.*
8. *Exempla pactorum legitimorum, quibus actio ipse jure tollitur: inter quæ & lex commissoria & addictio in diem.*
9. *Laudatur Græcorum de pactis legitimis sententia.*

10. *Stipulatio, acceptilatio, contractus literarum an species conventionis legitima.*

PRIVATA conventio est, quæ fit ex causa & de re cujusque privata ac familiari. Eaque vel legitima est, vel juris gentium, *l. 5. ff. hoc tit.*

1. Legitima est, quæ manente nuda ac simplici forma conventionis, ex speciali confirmatione alicujus legis efficax est vel ad obligandum & agendum, vel ad obligationem & actionem ipso jure tollendam. Confirmationem dicimus specialem, nam & contractus juris gentium possunt dici jure civili confirmari, sed tantum in genere, scilicet hoc ipso, quod recepti sunt: quippe usus quoque vim approbationis habet, §. 1. *Inst. de obligat.* hoc tamen non obstante conventiones juris gentium appellantur, *l. juris gentium, 7. pr. ff. h. t.*

2. Pacta legitima, quæ quidem actionem producerent, nulla adhuc fuisse tempore Pauli, cujus est *d. l. 6. h. t.* existimat Antonius Faber, sed fallitur. Nam talis pacti exemplum habemus in *l. etiam 30. ff. de usur.* item in *l. in quibusdam, 7. ff. de naut. fœn.* quarum in altera idem ille juris auctor tradit etiam ex nudo pacto civitatibus deberi usuras creditarum ab eis pecuniarum, in altera illud etiam obtinere in pecunia trajectitia, id est, ea, quæ trans mare vehitur periculo creditoris, quod ipsum, & a Scævola, qui sub Antonino Philosopho floruit, traditum est, *l. periculi, 5. §. 1. d. t.* Licet autem incertum sit, quarum legum id auctoritate sit introductum; illud tamen satis constat, contra rationem juris communis utrumque constitutum esse jure singulari ac proinde speciali aliqua lege aut constitutione pacta ista fuisse confirmata, alterum haud dubie ob favorem reipub. alterum propter periculum, quod creditorem pecuniæ nauticæ spectat, ex quo navem navigare convenit, *l. 3. d. tit.* Regulariter enim & jure communi usuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum stipulationis non debentur, *l. Titius, 24. ff. de præscr. verb. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. 3. Cod. de usur.* atque hoc apud Paulum quoque & Scævolam ostendunt particulæ *&*, *etiam*.

3. Aliud exemplum pacti legitimi, jam tum ætate Pauli confirmati, nobis suppeditat *l. frumenti 12. C. de usur.* ubi Alexander Severus, cui Paulus a consiliis fuit, rescribit, etiam ex nudo pacto accessionem sive usuras frumenti vel hordei mutuo dati præstandas esse: in quo item jus est singulare; nam regulariter, ut jam dictum est, usuræ pecuniæ creditæ peti nequeunt, nisi in stipulatum deductæ fuerint, *l. 1. l. 3. C. eod.* Huic autem speciali juri forte causam præbuit utilitas & necessitas publica, ut invitarentur creditores ad facilius eas res mutuo dandas, quæ ad victum omnino sunt necessariæ, & quarum ob id usu minus carere possumus, quam pecuniæ. Forte etiam, quod frugum tum aridarum tum liquidarum æstimatio & pretium subinde mutatur, pro varietate locorum & temporum, §. *si quis agens. Inst. de action. l. 3. ff. de eo quod cert. loc.* Utique ob hanc causam διὰ τὸ ἄδηλον τῶν καιρῶν, placuit majores recipere usuras frugum quam pecuniæ mutationem, *l. oleo, 23. C. de usur.* de quo præclara quædam apud D. Salmas. *lib. de modo usur. c. 8.*

4. At post tempora Pauli plura hujus generis pacta introducta sunt constitutionibus Principum. A Theodosio & Valentiniano vim conventionis legitimæ accepit pactum, quo dos promittitur, *l. ad exactionem, 6. C. de dot. promis.* Quamquam autem Connanus *lib. 5. comm. c. 3.* & Donellus ad *l. legem 10. C. hoc tit.* putant pactum de dote danda esse conventionem, cui subsit causa, videlicet ipsa nuptiarum coitio; propterea quod promissioni dotis semper insit hæc conditio, *si nuptiæ fuerint secutæ, l. stipulationem, 21. ff. de jur. dot.* ac proinde promissionem talem incidere in contractum innominatum *facio ut des*: tamen magis est, ut id falsum sit. Nam si ratio illa, qua utuntur, bona esset, ex eo efficeretur, omnem pene conventionem conditionalem habere in se negotium & causam, quod utique aperte falsum est. Sed nec quodlibet factum ad constituendum contractum innominatum intervenire sufficit, verum tale intervenire necesse est, ex quo ad alium aliquid perveniat, quod sit fundamentum συναλλάγματος & actionis civilis. At tale factum non est, uxorem ducere aut nuptias contrahere. Accedit, quod ex causa *facio ut des* datur actio aut præscriptis verbis in id, quod inter est, aut de dolo (nihil enim nunc refert, utra detur.) Neutrum autem horum est in casu proposito, & dos plerumque exigitur condictione certi. Quid quod & post contractas nuptias dos promitti potest, ut hic quoque pactum sit utile ad exactionem, per *d. l.* Denique novum in *d. l. 6.* jus constitui ex eo satis apparet, quod etiam ante illam constitutionem ex contractu *facio ut des* certo jure actio competiit, *l. 5. §. 3. l. solent. 15. ff. de præscr. verb.* & recte itaque Græci apud Harmenop. *lib. 4. tit. 8. §. 13.* ἀπὸ ψιλῆς ἐπαγγελίας χρεωστεῖ ὁ πατὴρ προῖκα, i. e. *ex nuda promissione pater dotem debet.* Cæterum hujus disputationis nulla amplius hodie videtur esse utilitas, postquam auctoritate constitutionis Justinianeæ *l. un. C. de rei ux. act.* semper fingatur intervenisse stipulatio tam ex parte mariti, quam ex parte uxoris, ita recte *DD. comm. post Gloss.* Cyn. & Salic. *in d. l. 6. de dot. promiss.* dissentit tamen Fortun. Garz. *in l. 6. ff. hoc tit. n. 23. & seqq.* contendens stipulationem ex parte uxoris duntaxat fingi intervenisse in *d. l. un. C. de rei ux. act.* non autem ex parte mariti, ut ut verba legis expresse repugnent.

5. Constitutione Justiniani confirmatum est pactum donationis, quod in præsens conceptum est, seu quo quis in præsentia se donare dicit, veluti,

veluti, dono tibi centum aureos: ex hoc enim pacto, licet nudo, Justinianus actionem dedit contra regulam juris antiqui, *l. si quis argentum*, 35. *§. ult. C. de donat. §. 2. Inst. eod.* Quod si pactum donationis causa in futurum conceptum sit, veluti si quis dixerit, donabo tibi centum aureos: manebit hic etiamnum jus vetus, neque ex nuda hac pollicitatione promittens magis nunc obligabitur, quam ante, *arg. l. præcipimus, in fin. C. de appell.*

6. Ejusdem Principis constitutione Novella 136. *c.* 4. cautum, ut usuræ etiam ex nudo pacto debeantur argentariis: quod cautum propter communem utilitatem, quam in contractibus exhibent ἀργυροπράται sive argentarii, dum multis se periculis immiscent, ut ingruentibus aliorum necessitatibus medeantur. Eandemque ob causam placuit certas usuras, & quidem besses, argentariis præstandas esse, etiamsi modus certus usurarum dictus non sit: quod in aliis non habet locum, *l. quod in stipulatione*, 31. *l. tutor.* 41. *§. ult. ff. de usur.* τοῖς γὰρ πᾶσι σχεδὸν τοῖς δεομένοις ἑτοίμως ὄντας βοηθεῖν οὐκ ἂν εἴη δίκαιον ὑπὸ τοιαύτης λεπτότητος ἀδικεῖσθαι, ait Justinianus *d. Nov.* 136. *c.* 4. *lib.* 24. *Basil. tit.* 4. *c.* 4.

7. Possunt huc etiam referri pacta, quæ jure honorario confirmata sunt ad actionem pariendam, cum eundem effectum edictum prætoris habeat, quem habet lex aut senatusconsultum; quo intuitu edictum prætoris etiam ab ipso Cicerone *act.* 3. *in Verr.* lex appellatur: maxime autem hodie postquam ex confirmatione Justiniani edicta prætorum non minus pro legibus, quam ceteræ partes juris civilis haberi cœperunt. Hujus autem generis pacta duo in jure nostro occurrunt, constitutum sive conventio, qua quis citra stipulationem constituit se soluturum, quod vel ipse, vel alius debet, *t. ff. & C. de pecun. constit.* item conventio de pignore, *l. si tibi* 17. *§. 2. ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait, de pignore jure honorario ex pacto actionem nasci, hoc nimirum significans, jure prætorio etiam nuda conventione pignus obligari, creditorique constitui jus in re, *l. 1. ff. de pign. act.* ac pro re ista persequenda etiam actionem creditori edicto propositam esse, actionem videlicet in rem, Servianam vel quasi Servianam sive hypothecariam, *§. item Serviana*, 7. *Inst. de Action.*

8. Posterioris generis pacta legitima, quibus scilicet ipso jure obligatio & actio tollitur, sunt, ne furti, ne injuriarum agatur, *l. si tibi*, 17. *§. 1. l. si unus*, 27. *§. 2. vers. sed si pactum, & §. 4. ff. hoc tit.* quippe quæ pacta lex duodecim tabularum confirmat, dum de furto deque injuriis pacisci expresse permittit, *l. 7. §. si paciscar*, 14. *in fin. ff. eod.* Gell. *lib.* 20. *c.* 1. Non obstat, quod de furto & injuriis pacti infames fieri dicuntur, *l. 4. §. ult. ff. de his qui not. infam.* Nam hoc de eo casu accipiendum est, quo quis paciscitur, postquam jam res deducta est in jus ad prætorem; quoniam ille crimen confiteri intelligitur, ut mox subjicitur ex Paulo *l. 5. d. t.* utique si cum pretio quantocunque pactus sit, *d. l. 5. §. 3.* Nihil autem impedit, quominus actio ipso jure pacto tollatur, licet pactos sequatur infamia. Ad hoc posterius genus videntur etiam referri posse duæ conventiones in contractu emptionis & venditionis præcipue celebrari solitæ, addictio in diem, & lex commissoria; utpote quæ & ipsæ ad hunc effectum jure civili confirmatæ sunt, ut existente conditione conventionis contractus ipso jure resolvatur, etiam postquam res integra esse desiit, secuta scilicet traditione, nisi aliud diserte placuerit, *l. 2. ff. de addict. in diem l. 1. l. 2. ff. de leg. commiss.*

9. Optime igitur Jurisconsultus Græcus respondit περὶ ψιλῶν συμφ. Τῶν ἰδιωτικῶν συμφώνων, inquit, τὰ μὲν ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἐδικαιώθη κυρούμενα, καὶ τίκτουσι καὶ ἀναιροῦσιν ἀγωγάς, ἐκ τῶν περὶ αὐτῶν ἐκπεφωνημένων νόμων ἢ διατάξεων τὴν τοιαύτην ἰσχὺν καὶ ἐνέργειαν, προσειληφότα καὶ διὰ τοῦτο ἔσθ' ὅτε καὶ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτεται ἀγωγή, καὶ λύεται κατὰ τὸ αὐτὸ δίκαιον ἀγωγή, ἅτινα καὶ λεγιτίμους κομβεντίονας ἐπωνομάζονται, id est, *Pactorum privatorum quædam lege aliqua vel SCto confirmantur, quæ & actiones pariunt, & tollunt actiones; atque hujusmodi vim ac potestatem acceperunt a legibus aut constitutionibus specialiter de ipsis promulgatis. Quo fit, ut interdum etiam ex nudo pacto actio nascatur, & ipso jure dissolvatur: quæ appellantur conventiones legitimæ.* Cujusmodi autem hæ conventiones sint, mox declarat hujusmodi διματισμοῖς ὅτι ἐπαγγέλλομαι προικίζειν τινὰ καὶ ὅτε πόλις δανείζουσα συμφωνίᾳ λαμβάνειν τόκους ὡρισμένους καὶ ἐπὶ τοῦ ἐνεχύρου γενόμενον, σύμφωνον, κἂν σιωπηρὸν ᾖ, τίκτει ἀγωγὴν τὴν Σερβιανήν, ἀλλὰ καὶ ἡ δωρεὰ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τίκτει σήμερον, καὶ αὕτη τὸ ἐξ λέγε κονδικτίκιον, id est, *cum alicui me dotem daturum polliceor, & cum civitas pecuniam fænori dans usuras sibi paciscitur, si ut & facto super pignore pacto, licet tacita sit, actionem Servianam gignit. Quin etiam donatio ex nudo pacto paris hodie condictitiam ex lege.* Et iterum exempla proferens pactorum legitimorum, quibus ipso jure actio tollitur, οἷον, inquit, τὸ ἐπὶ συγχωρήσει τῆς καὶ τῆς *injuriarum*.

10. Stipulatio quoque legitima conventio est, quia contractus est juris civilis, a quo & formam accepit: nam cum sit conventio, *l. 1. §. 3. ff. hoc t.* nec tamen conventio juris gentium, necesse est, aut manca sit divisio Jurisconsulti in *l. 5. ff. eod.* aut cum ad conventiones juris gentium non possit, referatur ad legitimas. De acceptilatione idem judicium esto. Sed & literarum obligatio legitimam conventionem habet, nempe confirmatam constitutionibus. *Inst. de liter. oblig.* Cæterum in contractu literarum non ex nudo & simplici consensu oritur obligatio, sed ex literis, sicut in stipulatione & acceptilatione verbis contrahitur

aut

aut solvitur, non consensu solo. Nimirum jus civile interdum robur addit conventionibus, adjiciendo certam formam, interdum simpliciter confirmando: & hujus posterioris generis conventiones proprie in usu juris legitimæ dici videntur, nempe quæ, ut supra dixi, manente simplici ac nuda conventionis forma speciali aliqua lege aut constitutione confirmantur; arg. *l. legitimæ, 6. ff. hoc t.* *αἱ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος ἰδικῶς κυρούμεναι*, ut Græci.

CAPUT V.

De conventionibus nudis.

1. *Nudæ conventionis definitio variis exemplis illustrata.*
2. *Eadem confirmata Græcorum auctoritate.*
3. *Pactum non desinit esse nudum interveniente scriptura.*
4. *Interdum appellatione pacti nudi etiam alias conventiones comprehendi.*
5. *Nudam conventionem passim in libris nostris appellari pactum simpliciter.*
6. *Pactum nudum non explicationis tantum causa dici, sed etiam discretionis.*
7. *Vox* nudum *quid hic significet.*
8. *Argumenta eorum, qui negant pactum nudum pacti esse speciem.*
9. *Confutatio argumenti primi.*
10. *Contradicentia esse, asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id pactum esse.*
11. *Vocem* nudus *notam esse discretionis, non alienationis.*
12. *In pactorum materia nomine conventionis nunquam aliud significari, quam duorum aut plurium in idem consensum.*
13. *Nusquam signifi ari conventionem aliquam oppositam pactioni.*
14. *Nusquam indefinite traditum ex pacto actionem nasci; sed contrarium, non nasci.*
15. *Apud Ulpianum* l. 7. §. 4. hoc tit. *aliter legi in plerisque aliis codicibus, aliter in Florentino, cum examinatione utriusque lectionis, & vulgatæ interpunctionis.*
16. *Quid sit, placiti fine stare.*
17. *Pactum nudum etiam id, quod serium: alias pacti nomen non mereri.*
18. *Remuneratoria arcani alicujus promulgatio.*

PRIVATÆ juris gentium conventionis species sunt duæ, nuda una, altera non nuda, quam vestitam vulgo magistri juris appellant, & pactum vestitum, verbo magis, quam sensu inconcinno. Divisio hæc fundata est in *l. juris gentium, 7. §. 1. 2. & 4. ff. h. t. l. si dominus, 8. l. solent. 15. ff. de præscr. verb. l. legem, 10. C. h. t.*

1. Nuda conventio est, quæ in nudis placiti finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem, *d. ll. l. si tibi, 27. C. de locat.* ut ecce, si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum; vel ut ego tibi darem equum, tu mihi tabulam pingeres; vel ut ego hanc partem hæreditatis nobis delatæ obtinerem, tu illam; aut ut ego tibi meum, tu mihi tuum bovem commodares ad opus faciendum, &c. hæ conventiones & similes nudæ sunt & dicuntur: quia nec in aliud nomen transeunt, nec in his ad conventionem alia causa obligandi, puta datio aut factum aliquod accedit; sed solo placiti fine stant.

2. Ad hunc eundem modum & Græci pacta nuda, quæ *ψιλὰ σύμφωνα* vocant, definiunt, nempe quæ neque *εἰς ἰδικὴν μεταπίπτουσιν ὄνομα συναλλάγματος, ὅτε ἐπὶ τῦ πρωτοτύπου ἵστανται γένους.* *respons. περὶ ψιλ. συμφ.* & mox iterum *ibid.* *εἰ δεῖ γὰρ ὅπως ψιλὸν ἐστι σύμφωνον, τὸ μὴ εἰς ἰδικὴν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μὴ ἐπὶ τῦ αὐτῦ γένους ἱστάμενον, ἐγηγερμένης πρότερον δόσεως ἢ ποιήσεως ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει.* *Nudum pactum est, quod non transit in proprium nomen contractus, quod in eodem genere non stat dato prius aliquo vel facto, ut detur vel fiat,* & apud Harmenopolum *lib. 1. tit. 9. περὶ ψιλῶν συμφ. ἡ ἵνα μὴ προηγήσηται δόσις, ἀλλὰ μόνον συνθῇ ἐπὶ δόσει. Cum non præcesserit datio, sed tantum de dando convenerit.*

3. Et quamvis igitur scriptura intervenerit, non ob id tamen nudum pactum esse definit, arg. *l. 7. §. quod fere 12. ff. h. t.* quippe scriptura vim pacti mutare non potest, cum non sit causa obligandi, sed duntaxat probationis gratia adhibeatur, *l. 4. ff. de instrum.* hoc etiam D. Salmas. *ubi sup. c. 12.* Quod si talis conventio lege vel senatusconsulto adjuvetur, jam quidem suo sensu non amplius nuda est, sed tum fit conventio legitima, *l. legitima, ff. hoc tit.* Cæterum etiam hujusmodi pacta nuda appellari solent, respectu scilicet simplicis formæ conventionis, & ad differentiam stipulationis, *l. etiam, 30. ff. de usur. l. frum. 12. C. eod. tit.* quanquam huc non pertinent.

4. Illud obiter hic monendum, interdum appellatione nudi pacti plus comprehendi, & nimirum alias quoque conventiones; id quod ex adjuncto & comparatione rei cui pactum opponitur, facile intelligi poterit, puta si opponatur non conventioni diversæ, sed traditioni: tunc enim complectitur conventiones omnes, quæ nudæ sunt a traditione, etiamsi alias nudi placiti terminos egrediantur, *l. traditionib. 20. Cod. hoc t. l. qua ratione, 9. §. interdum, 5. ff. de acq. rer. dom.*

5. Nuda conventio, quæ & nuda pactio & pactum nudum, sæpe etiam in libris Juris nostri pactum simpliciter appellatur, *l. juris gentium, 7. §. quinimo, 4. & seqq. ff. h. t. l. legem, 10. C. eod. l. solent, 15 ff. de præscr. verb. l. si tibi, 27. C. de locat. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. §. 2. ff. de solut. l. 5. C. de contr. stipul.* Ex quibus locis apparet idem valere,

lere, ex pacto actionem non nasci, atque ex nudo pacto non nasci. Neque tamen ideo assentiendum Cujacio ad *l.* 1. *ff. hoc tit.* aut Wesemb. *parat. eod.* qui contendunt, pactionem nunquam nudam dici κατὰ ἀπόλυσιν, sed pactum omne, ut nudum est, ita etiam sic appellari suo perpetuo epitheto, explicationis causa, non distinctionis, quasi esset aliquod pactum, nudo oppositum & vestitum: nam quod nudum pactum etiam simpliciter pactum appellatur, id fit more Jurisconsultis usitato, quibus familiare est, idem nomen nunc in genere, nunc in specie usurpare; aperteque refelluntur Cujacius & Wesembecius verbis *d. l. solent.* 15. *ff. de præscr. verb.* ubi Ulpianus ex proposita conventione actionem oriri ait, quia non sit nuda, ne quis dicat ex pacto actionem non nasci, item *d. l. legem,* 10. *C. h. t.* quo loco Imperator, quod dici solet ex pacto actionem non nasci, id tunc obtinere rescribit, cum pactum nudum est. Unde perfecto plus quam manifestum est, pactum nudum non tantum explicationis causa dici, verum etiam discretionis gratia, quod quædam pacta sint non nuda, quæ docendi causa interpretes vulgo appellant vestita, non tam inepto sensu, quam nomine: nec tamen nomine prorsus inepto.

Nudum autem hic minime vox est alienans, ut quidam ausi sunt asserere sine ulla auctoritate & contra perpetuum usum juris & omnium scriptorum, sed nudum dicitur per translationem solum & simplex quod tantum pactum sit, nihil amplius, atque ut Imperatores loquuntur in *l. si tibi,* 27. *C. de locat.* quod nudo fine placiti stat; unde & solum pactum dicitur, *l. major annis,* 23. *C. de pign.* Similis translatio est, cum nudum consensum, nudam proprietatem, nudam notionem, nudam rationem, voluntatem, cogitationem, &c. dicimus. Sic nuda veritas, simplex, nullis velata coloribus ψιλοὶ λόγοι apud Aristotelem 3. *Rhetor.* oratio prosa & soluta, quasi nuda ornamentis, minimeque convestita, & apud Demosthenem κατ' ἀφελῆ, ψιλὸς λόγος opponitur ἐγκατασκευῇ, oratio nuda ornatæ vestitu apud Ciceronem *lib. declar. orat.* Quamobrem cum de re constet, hoc est, esse quædam pacta nuda, quædam contra non nuda, futile sit de nomine litem movere & offendi verbo *vestiti,* quo Doctores docendi gratia utuntur, ut a nudo pacto distinguant, quod nudum non est. Denique tantum non meræ nugæ sunt, quæ superiori distinctione objiciuntur, veluti quod non quia medici morbos quosdam acutos vocant, ideo alii sint obtusi: ut enim ita non appellentur, sunt tamen quidam morbi non acuti, aut acutis oppositi, quocunque tandem nomine eos appelles. Illum sane non acutum, sed obtusum fuisse necesse est, qui in publica disputatione interrogatus a Duareno, cur non item cogitationem partiretur in nudam & vestitam, illico obmutuisse dicitur. Quoniam vero sunt, qui hanc pacti in nudam & vestitam distributionem ex alia parte vellicant, quasi pactum nudum seu pactio aut conventio nuda non sit species pacti aut conventionis, cui proinde nec pactionis definitio conveniat, etiam adversus eos supra dicta distributio munienda ac stabilienda est. Quamquam autem tam portentosa opinio satis solide nuper ab incerto quodam auctore confutata est; tamen quia id adversariis eius minime videtur objicientibus ei, quod quædam silentio præterierit, quia nihil ad ea potuerit respondere, aut quia argumenta eorum solvere non potuit, ea commento eludere; quædam etiam ab iis esse dicta, quæ a nemine unquam audiverit; credo quia sacris nondum initiatus erat, cui proinde mysteria aperire nefas; denique quia non satis bona fide cum eo agunt, e re erit ex integro causam istam hic tractari. Defendit auctor ille omnium ætatum interpretum sententiam contra novitium commentum, idque sine ulla calumnia, sine contumelia, sine ullo convicio, sale tantum aliquo asperso, sine quo quidquid in hujusmodi concertationibus scribitur, fatuum est. Illi vero invehuntur in hominem insontem, tanquam quem agitaverit genius ex calumniandi & conviciandi libidine, cui os sine fræno, & cujus virus ipsa virtus provocet. Non sunt hæc ἀγαθῆς γνώμης. Sed mittam ista, ipsamque rem aggrediar suscepta causa assumptaque persona tam indigne accepti mortalis, per cujus latus quinam petantur, sunt qui putant se non ignorare.

8. Cur igitur nudum pactum aut nuda conventio non est species pacti aut conventionis? Quoniam ajunt 1. Quicquid prædicatur de genere, id etiam prædicatur de quavis ejus specie: de pacto autem prædicatur, quod actionem pariat, de pacto nudo non item. 2. Quia conventio nuda dicitur, cui nulla subest causa propter conventionem, & quæ nudo placiti fine stat. Ex quo inferunt pactum nudum non posse dici duorum vel plurium in idem placitum consensum, nullaque pacta proprie nuda dici, quæ deliberato animo fiunt, quippe quibus omnibus subsit causa propter conventionem: per causam autem intelligunt eam causam, quæ paciscentes movit ad conveniendum. Hic ego cum incerto illo auctore, cujus personam nunc gero, tot esse puto errores, quot ferme verba.

9. Nam 1. pactum nudum & non nudum differre in jure nostro, ut diversæ pactorum & conventionum species distinguuntur, & inter se opponuntur. Respondent illi, hoc ipsum sententiam suam omnino confirmare: nam si pactum, ajunt, a pacto nudo distinguatur, ut una species ab alia, non potest pactum nudum dici species pacti, non magis quam homo species bruti, aut brutum hominis. Ecce qua fide hic agant. Nos dicimus pactum nudum & non nudum diversas esse pacti species, pacto, ut generi, subjectas: illi lectoribus imponunt, quasi dixis-

dixissemus, pactum & pactum nudum species esse oppositas: unde mox captant occasionem ostendendi, quam rudes parumque versati simus in arte disserendi.

10. 2. Contradicentiæ sunt; asserere pactum aliquod esse nudum, & negare id esse pactum. Etenim contradictio hic est in adjecto, sive oppositum in apposito. Utique enim juxta regulam Logicorum ab est tertii adjecti ad est secundi adjecti valet consequentia affirmando, v. c. ille est nudus homo, ergo est homo; illa est nuda oratio, ergo est oratio. Explodit M. Tullius Atticum dicentem mortuos esse miseros, & negantem tamen mortuos esse. Quis non etiam explodat eos, qui negent nudum assensum, nudam approbationem, nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, &c. esse assensum, approbationem, vocem, voluntatem, consensum? Sed ajunt non eundem esse tropum in voce *nudus* adjecta rebus cæteris, qui est in eadem voce addita pacto aut conventioni: nimirum quia tum vox ista non tantum restringens, sed etiam alienans sit; idque ex eo probant, quod definitio pacti sive conventionis nudo pacto sive conventioni nudæ non conveniat. Atqui hoc perinde est, ac si dicerent, orandum est pro mortuis, quia sunt in purgatorio. Nam pro argumento & antecedenti sumunt, & sibi concedi postulant τὸ ἐν ἀρχῇ id quod est in quæstione: quæ manifesta captio est: hoc enim inter nos est controversum, an pacti definitio etiam nudo pacto conveniat, quod illi soli negant, cæteri omnes affirmant. Similis petitio principii est, cum ajunt ideo pactum nudum pactum non esse, quia non habet causam; quoniam causam intelligunt, ut ipsi interpretantur, quæ impulit ad conventionem ineundam; hic enim iterum, quod maximum vitium est in disserendo, sumunt ἀμφισβητούμενον ἀντὶ τοῦ ὁμολογουμένου. Nam talem causam etiam pacta, quæ veteribus proprie nuda dicuntur, habere cæteri fere consentiunt. Sed de hoc fusius infra.

11. Qua vero auctoritate freti audent dicere vocem illam *nudus* adjectam pacto esse alienantem, cum alias semper sit discernens? Velim mihi proferant locum aliquem ex ullo idoneo scriptore, ubi vox illa significet ἀλλοτρίωσιν, alienationem subjecti; cui adjungitur aut attribuitur. Est quidem vox στερητικὴ, significans privationem alicujus rei, quæ alias subjecto attribuitur aut attribui potest; & sic etiam hic significat privationem causæ, quæ alias ad conventionem accedens pactum vestiret: at nunquam est ἀφαιρετικὴ ἢ φθαρτικὴ τοῦ ὑποκειμένου, ut significet ademptionem aut corruptionem subjecti, cui attribuitur aut adjungitur.

12. Sed enim conventio, inquiunt, bifariam sumitur, primo in genere pro tractatu inter duos vel plures habito, quo aliquid agitur vel fit; quo significatur etiam nudum pactum species sit conventionis; deinde in specie pro duorum vel plurium in idem placitum consensu, & ita pro tractatu, quo aliquid agitur vel fit, quod statim firmum ac efficax est, nisi quid aliud impediat; qua notione conventio, ut species conventionis in genere acceptæ opponatur pacto nudo. Quippe novum non esse ajunt in jure, ut unum idemque verbum & in genere & in specie sumatur, exemplo esse nomina adoptionis, cognationis &c. Equidem scio vocem conventionis esse πολύσημον, nam & conventum hominum, coitionem, concionem, adlocutionem, interpellationem, &c. significat, sed in argumento de pactis unam duntaxat, eamque generalem & perpetuam significationem habet, eandem videlicet, quam pactio, aut pactum γενικῶς acceptum, denotatque semper duorum aut plurium in idem placitum consensum, *l.* 1. §. 2. & 3. *ff. h. t.* Concedunt quidem illi conventionem significare duorum vel plurium in idem consensum, sed addunt, cum pro pacto & [illegible]ctione usurpatur: sed ostendant id verb[illegible] usquam usurpari in pactorum materia [illegible] pacto idem non dicunt, quia prior illa sign[illegible]catio pacto non convenit, attamen fateri deb[illegible], velint nolint, cum pactum nudum oppo[illegible] pacto non nudo, pacti verbo in genere sum[illegible]pto etiam pactum nudum, tanquam speciem co[illegible] ac proinde etiam speciem esse conventionis [illegible]catione posteriore, pluriumque in idem placitum & consensum, aut si non est, ne nudum quidem pactum dici potest, non magis, quam simia nudus homo.

13. Illud quoque me non latet, verba adoptionis, cognationis, aliaque nonnulla in jure nostro interdum generis nomina esse, interdum speciei, quod etiam occurrit in verbo *pactum*, quo & in genere pactum quodlibet, & in specie pactum nudum significatur, veluti cum dicitur ex pacto non nasci actionem: sed idem non contingit verbo conventionis. Ubi enim conventionis verbum usurpatur in specie pro conventione aliqua opposita pacto? Generale esse hoc verbum legimus, & ad omnia pertinere de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt, *l.* 1. §. 3. *ff. hoc tit.* nusquam ad speciem aliquam conventionis, quæ pactum non sit, contrahitur: Adoptio & cognatio cum sint nomina generis & speciei, recte dividuntur, illa in adrogationem & adoptionem, hæc in agnationem & cognationem in specie dictam; estque hæc divisio rei, & generis in species. At si quis conventionem dividat in pactum & non pactum, quid hoc monstri erit? Quis non exsibilet eum, qui pactum ita partiatur, ut dicat, pactum aliud est conventum, aliud fixum? aut qui jus distribuat in liquorem & legem? Non sunt hujusmodi διαιρέσεις, distributiones rerum, aut generis in species: sed vocabuli æquivoci distinctiones in sua æquivocata.

14. Sed neque captione caret, quod ajunt de con-

conventionibus & pactis prædicari, quod actionem pariant: nusquam enim hoc indefinite traditum: sed quod quædam conventiones actionem pariant. & nimirum quæ vel in proprium nomen contractus transeunt, vel quæ accedente causa in speciem συναλλάγματα cadunt, *l. juris gentium*, 7. *pr.* §. 1. & 2. *hoc tit.* ex cæteris expresse negant juris nostri conditores actionem nasci, nisi vel specialiter confirmatæ sint, *l.* 6. *l. si tibi*, §. 2. *eod.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectæ, *d. l.* 7. §. *quinimo*, 5. *eod.* At contra non uno loco traditum est, ex pacto actionem non nasci. Respondent adversarii loca illa accipienda esse de pacto nudo. Fatemur: sed tamen utique de pacto id est, plurium in idem placito & consensu. Quod si hoc non concedant, jam iterum incidunt in vitium ipsis familiare, pro argumento assumentes τὸ ζητούμενον ἀπ' ἀρχῆς: & veteres juris auctores pro fungis habent, qui simpliciter & absolute pactum appellent, quod pactum non sit, dixerintque ex pacto non nasci actionem, cum hoc significare voluerint, ex non pacto actionem non nasci.

15. Sæpe inculcant, quod nudum pactum sit, cui nulla subsit causa propter conventionem, *l.* 7. §. *sed cum nulla*, 4. *ff. hoc tit.* Cum autem ista locutio nullum omnino idoneum sensum habeat (quis enim ita unquam locutus est, conventioni nulla subest causa propter conventionem, & quid hoc significat?) illi tamen hunc, si diis placet, sensum verba ista habere dicunt, cum nihil omnino subest, ex quo qui convenerunt, moveri potuissent, ut convenirent: quanquam non videntur diffiteri: potuisse hoc exprimi elegantius. Nimirum necesse est vitiosos eum habere oculos, qui in luce tam perspicua caligat. Constat utique duplicem apud Ulpianum in *d. l.* 7. §. *sed cum nulla*, 4. *hoc t.* occurrere lectionem: in plerisque codicibus legi hoc modo, *Sed cum nulla subest causa, præter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem*. In codice Florentino sic, *Sed cum nulla subest causa propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*. Cum vero nullæ sint omnino in Pandectarum Florentinarum archetypo distinctiones, nulla punctorum notatio, nulla dictionum intervalla, referente hoc inter alios Angelo Politiano teste oculato *misc.* 41. ac proinde ponere nobis ea, si docet ratio, & posita undecunque expungere liberum sit, auctore Augustino *lib.* 1. *emend.* 2. *q.* 8. si quis lectionem Florentinam urgeat, cum eo tantum mihi lis erit de verborum interpunctione. Gothofredus & Pacius lectionem exemplaris Florentini secuti ita locum interpunxerunt, *Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat* &c. relicta, ut verosimile est, per negligentiam nota distinctionis eo loco, ubi in aliis codicibus posita est, in quibus non *propter*, sed *præter* legitur: nam & in margine hoc notant alias legi *præter*. Franciscus autem Taurellus & Ludov. Charondas, quod & sermonis ratio, & mens atque sententia Jurisconsulti exigebat, locum sic interpunctum ediderunt, *Sed cum nuda subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*. Sive autem legas *præter* sive *propter*, commate ante hanc particulam posito, plana erit & recta oratio, eademque Jurisconsulti sententia, nimirum hæc, cum conventioni nulla alia obligandi causa subest præter conventionem, propter conventionem solam non constitui obligationem: quod & prorsus evincitur ex tota disputatione Jurisconsulti. Cæterum & hic effugium eis paratum video: Nam dicent haud dubie tunc conventionem apud Ulpianum *d. loco* non significare pactionem sive plurium in idem placitum consensum: sed nescio quid aliud, quod non sit pactum, nisi ἐν τῷ τὸ λέγεσθαι.

16. Largimur ultro pactum nudum esse conventionem, quæ placiti fine stat: sic enim definitur, *l.* 27. *C. de locat.* At quid hoc est fine placiti stare? Opinor fines & terminos placiti non egredi, nihil esse amplius quam placitum: placitum tamen & conventionem seu pactionem, id est, duorum vel plurium in idem consensum, aut quod duobus vel pluribus dari vel fieri placuit: hæc enim esse ἰσοδυναμοῦντα, infinitis locis ostendi potest, *l. vix certis*, 53. *ff. de judic. l.* 4. *ff. de servit. l. si filia*, 20. §. 3. *ff. famil. ercisc. l. si divisionem*, 15. *C. eod. l. si plus*, *ff. de evict. l. divisionis*, 55. *ff. hoc tit. l.* 8. *l. si pacto*, 14. *l. cum proponas*, 21. *l. si certis*, 27. *C. eod. l.* 7. *l. si diversa*, 14. *l. cum proponat*, 17. *l. si profundo*, *C. de transact. l. pen. ff. eod. l.* 3. *l.* 4. *Cod. de rer. permut.* Sic ex converso placitum usque ad pactum stare dicitur, cum traditio secuta non est, *d. l. si divisionem*, *C. fam. ercisc.*

17. Cum igitur nudum pactum sit conventio, qua quid dari aut fieri inter plures placuit, licet placiti fines non excedat: tamen re vera & proprie tam pactum est, quam quod vestitum DD. appellant, pactique definitio non minus pacto nudo, quam vestito competit. Nudum vero nihilominus erit, etiamsi deliberato animo initum sit, deque eo constet, ut in specie *l. si certis*, 28. *hoc tit.* ubi ex temporaria illa præstatione satis apparet seriam fuisse promittentis voluntatem. Denique temerariæ, inconsultæ, joculatoriæ aut simulatæ, aulicæ, & officiosæ adulationis promissiones ne nomen quidem pacti merentur.

18. Bearunt illi auctorem incertum revelatione ingentis mysterii, cum eum docuerunt, qua in re pollicitatio a voto, utrumque a pacto differat; æquum igitur est, ut eos paris alicujus arcani promulgatione remuneretur. Nuper ille, cum Eleusinem reviseret, ex phano legiferæ Cereris hoc reportavit, latere in illo Virgilii, *Ipse pater famulam voveo* &c. nescio quid occultioris doctrinæ, & quod argumento sit eum ju-

ris

ris fuisse peritissimum. Nam etsi votum species est pollicitationis, quam ob causam summus juris antistes sub titulo *de policitationibus* etiam de votis tractaverit (quod forte illi a nemine audiverunt) illud tamen in voto præcipuum esse, quod soli patresfam. ex eo obligentur tanquam actu solemni: filius autem familias aut servus sine patris dominive auctoritate non obligentur. Ecce igitur, quam recte & rationi juris convenienter Poeta. Ille vero redux vota Ceteri nuncupata solvit faciens bicmi verre. Hæc pro incerto illo auctore: cujus defensionem & patrocinium non tam ideo suscepi, quia me eum esse, & per latus illius me palam peti quidam suspicantur, quam veritas tuendæ gratia.

CAPUT VI.

De vi nudarum conventionum.

1. *Ex nudo pacto, quamvis serio, jure nostro actionem non nasci multis argumentis ostenditur.*
2. *Respondetur objectioni sumptæ ex* l. 1. pr. hoc tit.
3. *Jus civile Romanorum quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit, & quare.*
4. *Multa civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris juris naturæ præceptis æstimentur.*
5. *Exponitur* l. cum mota, 6. C. de transact.
6. *Declaratio*, l. solent, 15. de præscr. verb.
7. *Declaratur locus obscurus in* l. 3. §, quinimo, 4. de condict. caus. dat. *& occurritur objectioni ex eodem loco sumptæ.*
8. *Si ex pacto daretur actio, cum constat de animo deliberato, etiam quando de eo non constat, danda esset.*

1. NUDA conventio seu pactum nudum, quamvis serium, eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex eo actio detur. *Ex nudo pacto*, inquit Paulus, *inter cives Romanos actio non nascitur, lib. 2. sent. t. 14.* & Imp. in *l. si tibi, 27. C. de loc. si conventio*, inquiunt, *placiti fine stetit, ex nudo pacto perspicie actionem jure nostro nasci non posse*. Seneca *lib. 5. de benefic. c.* 10. de lege civili & promissione non solemniter facta loquens, *Quæ lex*, inquit, *ad id præstandum nos, quod alicui promisimus, obligat.* Denique nihil in libris nostris est vulgatius hac juris regula, ex conventione, ex pactione nuda, ex nudo pacto, ex pacto actionem non nasci, *l. juris gentium, 7. §. sed cum nulla, 4. & seq. l. divisionis, 45. ff. h. t. l. solent, 15. ff. de præscr. verb. l. legem, 10. l. cum proponas, 21. l. si certis, 28. C. hoc t. l. sive apud, 28. C. de transact. l. 1. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 5. C. de inut. stipul. l. 2. C. de evict. l. 3. C. de rer. permut.* Et hinc est, quod passim indebitum vocetur, quod pacto promissum est, *l. 5. §. 2. ff. de solut. l. si certis, 28. C. h. t. l. si non sortem, 26. pr. ff. de condict. indeb.* & quod omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nascatur, auctore Paulo *lib. 2. sent. tit. 22. §. ult.* Ex his jam luce meridiana clarius apparet, non omnem conventionem, non omne pactum, quantumvis serium, licitum & honestum, jure Romanorum obligationem & actionem producere: nisi quis putet conventionem aut pactum nudum veteribus pactum esse jocularium aut lusorium, id est, conventionem aut pactum non esse: & cum veteres ajunt, ex pacto nudo, & simpliciter ex pacto actionem non nasci, hoc significare, ex non pacto non nasci actionem: quod quam ridiculum sit, nemo non videt. Tot locis, quot modo allegavi, proditum est, & proverbii vice olim jactatum, ut indicant Imperatores in *l. legem, 10. C. hoc tit.* ex pacto actionem non nasci: nullo autem juris loco traditum est, ex solo pacto licet justo, actionem nasci, nisi exceptive, aut addito *interdum*, & nimirum tunc, cum vel speciatim jure civili aut prætorio ad efficacitatem obligandi confirmatum est, *l. 6. l. si tibi, 17. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. ff. de constit. pecun.* vel contractui bonæ fidei in continenti adjectum *l. juris gentium, 7. §. quinimo, 5. ff. l. in bonæ, 13. C. h. t.* Quæ pacta etiam suo sensu possunt dici non nuda. Quod si ex quovis serio pacto oriretur jure civili actio, cur prætor non alias ex pacto actionem de pecunia constituta dat, quam si constituatur, quod jam ante debitum fuerat? *d. l. 1. ff. de pec. constit.* an quia propter debitum præcedens hic constat de deliberato animo? Quare igitur de aliis rebus constitutoriam non dedit, quam quæ pondere, numero, mensura constant? *l. 2. C. eod. tit.* aut si causa subsit constituto, quid opus fuit prætorem ex sua jurisdictione actionem comparare, cum ex conventionibus, quibus subest causa, nascatur actio jure civili? *l. 7. §. 2. ff. hoc tit.* Denique quid tam insulsum, quam quod quidam, interrogati, si pactum quodlibet ad obligandum sit efficax, quid opus fuerit speciatim ex pacto donationis necessitate juris adstringere donatorem, quod primus fecerit Justinianus, respondent, constitutione Justiniani fingi donationi subesse causam, voluntatem sc. exercendæ liberalitatis? Quasi vero Justinianus etiam ubi donandi animus abest, eum finxerit adesse; ac non potius quia donator voluntatem suam aperte ac verbis in præsens conceptis declaravit, eamque gratam ac ratam habuit donatarius, jure civili quoque obstrictum esse voluerit, qui jure gentium se manifeste obstrinxerat. Imo omnis nudæ conventionis confirmatio hoc velut *συναίτιον* habet, *fac. l. 1. 8. ff. de pecun. constit.* Postremo si cujuslibet justi pacti ea vis esset jure civili, ut actionem pareret, etiam actionem, *κατὰ τ' αὐτὸ στιγμῇ* tolleret, *arg. l. 6. eod.* junct. *l. Arrianus*,

rianus, 47. *de O. & A. l. prout*, 80. *l. Stichum*, 95. §. 4. *ff. de solut.* quod tamen secus esse constat. Hæc tam aperta & clara sunt, ut qui contra disputant, non tam de veritate juris, quam de potestate conditoris disputare videantur, quasi ille ita meris juris gentium præceptis alligatus esset, ut nihil iis addere aut detrahere valeat. Videamus tamen, quæ in contrarium afferantur. Ajunt grave esse fidem fallere, nihilque tam congruum esse fidei humanæ, quam placita servare, *l. 1. ff. h. t.* Fateor: est enim fides rerum humanarum coagulum sanctissimumque humani pectoris bonum. Unde Silius Italicus;

Ante Jovem generata, decus divumque hominumque,
Qua sine non tellus pacem, non æquora norunt:
Justitiæ consors, tacitumque in pectore numen.

2. Cæterum generalis illa definitio pertinet ad vim, quam omnes justæ conventiones & pacta habent jure gentium: quippe quo jure etiam ex nudo pacto adstringimur ad præstandum id, quod pacto promissum est, propter naturalem scilicet obligationem, quæ ex pacto & fide data oritur: eoque pertinet illud Pauli in *l. cum amplius*, 84. §. 1. *ff. de reg. jur. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.* Et quia hæc obligatio conscientias hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *l. Stichum*, 95. §. 4. *ff. de solut.* sequitur ei etiam inesse moralem aliquam necessitatem, id quod Paulus in *d. l.* 84. §. 1. significat verbo, *oportet*, & grave esse hic quoque fidem fallere, quamvis ponamus nullam hic esse respectu fori exterioris necessitatem.

3. Quamquam autem hoc ita est ex jure gentium, ut omnes honestæ conventiones servari debeant: tamen jus civile Romanorum non æque cogit invitos ad omnium conventionum observantiam, sed utilitatis causa quibusdam conventionibus vim coactricem detraxit, ut hic sola paciscentium fide staretur, ne si ex qualibet conventione actio & judicium in invitos daretur, nimia litium oriretur multitudo, vel potius, quia Romani juris conditores honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius existimaverunt, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & obligationum necessitate astringere. In necessitatibus enim nullus est virtuti locus, quæ ex libera potius voluntate ac bona fide pendet, quam ex aliqua coactione, teste Aristotele 3. *Ethic.* Quis enim laudabit eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra judicium solvit? Augustinus laudans factum Sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei postea natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli. c. ult. caus.* 17. *q.* 4. Nullam autem laudem meruisset Aurelius, si ad reddendum jure fori fuisset obstrictus. Atque hoc ipsum puto significare vo'uisse Ciceronem, *lib. 2. de invent.* cum ait, *Pactum est, quod inter aliquos convenit, quod jam ita justum putatur, ut juri præstare dicatur.* Cui simile illud apud Cornificium *ad Herenn. lib. 2. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventione, quæ juri præstare dicuntur*, quo haud dubie id significatur, pacta legibus ipsis justiora & præstantiora esse existimari, quoniam in his implendis atque observandis probitas cujusque & fides elucet, quæ bonis viris pro lege fit, & omni jure antiquior. Nimirum angusta innocentia est, secundum leges bonum esse. Multa legem non habent, nec actionem. Quanto latius patet officiorum, quam juris regula? Quam multa pietas, humanitas, fides, liberalitas exigit, quæ extra tabulas sunt? Hæc Seneca *lib. 5. de benefic.* Futile vero est, velle jus civile ad mera juris gentium præcepta exigere contra definitionem *l. 6. ff. de justit. & jur. l. bona fide*, 31. *ff. de poss.*

4. Multa sunt civiliter justa, quæ naturaliter iniqua, si ex meris præceptis juris naturæ aut gentium æstimentur, qualia literarum obligatio, usucapio, præscriptiones temporales. Sæpe etiam quid irritum facit jus civile quod naturaliter obligaret, verbi gratia, jure naturali seu gentium tenetur quisque reddere quod mutuo accepit: at jure civili excusantur filiusfam. & minor 25. annis. Jure gentium unusquisque ex sponsione sua obligatur, jure civili excipitur mulier pro alio spondens. Itaque illi, licet naturaliter obligati sunt (non enim vel patria potestas, vel ætatis sexusve imbecillitas jure naturæ dissolvere possunt) tamen civiliter non tenentur. In materia successionum quam longe recedit lex 12. tabularum a simplicitate juris gentium? Apud nos locatio prædiorum rusticorum efficax non est, nisi interveniente instrumento locationis. Imo nulla in civitate mero jure gentium vivitur, & vix ulla est, aut fuit, in qua longius ab eo jure recessum, quam in Romana, ut infinitis argumentis probari potest: quæ si cum aliis populis strictius jus gentium coluerit, id necessitatis fuit, cessante videlicet legum Romanarum auctoritate. Et vero, ne tempus teram in removendis jejunis quibusdam objectiunculis, cur lege civili hoc constitui nequeat, ut non nisi sub certo modo ac forma obligatio, quæ quidem efficax sit ad agendum; ex consensu nascatur?

5. Objiciunt tamen & locos quosdam petitos e corpore juris, ex quibus colligunt, etiam jure Romano ex qualibet deliberata conventione actionem nasci. Loci sunt *l. cum mota*, 6. *C. de transact. l. solent*, 15. *ff. de præscr. verb. l.* 3. §. 4. *ff. de condi. ca. dat.* Θεματισμὸς *d. l. cum mota*, hic est. Mater a filio immerito exheredata

aut

aut præterita transegit cum scripto hærede, adversum quem querelam moverat inofficiosi, hac lege, ut accepta certa parte bonorum, de quibus agebatur, a lite discederet. Ea prius quam quicquam acciperet, in eadem perseverans voluntate decessit. Cum portio promissa filiis iisdemque hæredibus matris non præstaretur, quæsitum est primo, possint ne filii omissam a matre querelam redintegrare; deinde si non possint, an non saltem aliud remedium iis paratum sit adversus placita non servantem. Ad prius respondet Imp. Alexander, omissam semel querelam instaurari ab hæredibus matris non posse. Ad alterum, si stipulatio conventioni subdita fuerit, ex stipulatu actionem competere, aut si omissa sit verborum obligatio, tum actione præscriptis verbis diversam partem, ut promissa præstentur, posse conveniri. Igitur, inquiunt, quod transactionis causa promissum est, etsi pacto tantum & citra stipulationem, id nihilominus peti potest, & competit eo nomine præscriptis verbis actio. Respondeo, non est in specie hic proposita pactum aut conventio nuda, sed talis, quæ nudi placiti terminos egreditur, quippe cui accedit & alia obligandi causa prætee conventionem, & quæ sic constituit contractum innominatum. Nam præterquam quod matri transigenti pars bonorum promissa est, fecit etiam mater, ut eam partem acciperet. Promisit se a lite discessuram, quod & re implevit: morte enim sua & silentio sic finivit litem de inofficioso, ut ab heredibus ejus non possit instaurari. Ubi autem pactum, quamvis transactionis causa interpositum, intra terminos placiti consistit, nulla ex eo jure nostro actio nascitur, *l. cum proponas, 21. C. de pact. l. sive apud, 28. C. de transact.* Hotom. Don. post Glos. & DD. *comm. ad d. l. cum mota.*

6. Alter locus, qui objicitur, est *l. solent, 15. ff. de præscr. verb.* ubi ita Jurisconsultus; *Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esses fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possis agere. Et quidem,* inquit Jurisconsultus, *ista conventio non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri: sed habet in se negotium aliquod: ergo,* inquit, *civilis actio oriri potest, id est, præscriptis verbis,* &c. Igitue inquiunt, hic ex sola conventione & pacto conceditur actio, negaturque adeo conventionem eam nudam esse, quæ in se negotium aliquod habet. Atqui, inquam, Jurisconsultus expresse negat in specie a se proposita ex pacto, id est, ex solo pacto, actionem nasci; aitque conventionem istam habere in se aliquod negotium, unde civilis oriatur actio. Per negotium ergo haud dubie intelligit causam aliquam accedentem ad conventionem, quæ sit fundamentum συναλλάγματος & actionem civilis, ut ipse hoc alibi explicat, *l. 7. §. 2. h. t.* atque in proposito factum seu indicium actoris præmium pro eo promissum petentis. Itaque cum ait Jurisconsultus, *videamus an possit agere,* perinde hoc est, ac si dixisset, videamus an qui suscepit se indicaturum esse servum fugitivum, is postquam indicavit, pactum pro indicina præmium petere possit. Qua enim actione quove colore indicii mercedem quis petat, antequam indicavit? Nimirum Jurisconsultus actionem concedens supponit actorem, quod recepit implevisse, quo subsecuto conventio desinit esse nuda, & incipit in se habere negotium aliquod, quod ad conventionem accedens initium obligationi præbet, constituitque contractum innominatum. Neque ulla hic aut æquitas aut honestas vel naturalem ex jure gentium obligationem producit: imo contra obstat etiam ipsa hujus juris ratio. Sed & illi ipsi, qui hunc locum objiciunt, fatentur non ante ex hujusmodi conventione cum effectu agi posse, quam res secuta sit, licet obligatio statim nascatur: in quo tamen & ipso errant, cum hic desit fundamentum obligationis, ut plene demonstrabitur c. 8.

7. Tertius locus est Ulpiani in *l. 3. §. quinimo, 4. ff. de cond. caus. dat.* Verba hujus loci sunt; *Quinimo etsi nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem, defuncto denique eo.* Primum quæro, qualis sit illa condictio, quam ait ex contractu proposito nasci? Non utique condictio ob causam dati causa non secuta, de qua conceptus est titulus, cum nihil datum proponatur, sed tantum placitum, ut daretur, & condictio ex notissimo juris usu, præsertim in hoc tractatu, significet alicujus rei, quæ a nobis profecta sit, repetitionem. Dices Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis. Jam iterum quæro ubi actio præscriptis verbis in jure nostro appelletur condictio? Imo a condictione perpetuo distinguitur, *l. 5. §. 1. & seq. ff. de præscr. verb.* tum condictio vulgare est & usitatum actionis nomen, certam solemnemque formulam habens; cujusmodi actionibus deficientibus demum actio præscriptis verbis datur, *l. 1. l. 2. & seq. d. t.* Sed concedamus Jurisconsultum intelligere actionem præscriptis verbis, quid hac actione persequemur, certamne summam, quæ promissa sit? Minime, sic enim diceremus ex hujusmodi contractu competere certi condictionem ad rem, de qua convenit, petendam, uti ex mutuo, cæterisque causis & obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. certi condictio, 9. ff. de reb. cred.* quod falsum est. Nam præscriptis verbis actio non solum nomine & titulo actionis incerta est, sed etiam rei petitione, competens in id solum, quod interest, etiamsi de re certa danda convenerit, *d. l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscr. verb. l. 4. & 2. seq. C. de rer. permut.* id autem, quod interest, incertum esse constat, *l. si pœnam, 68. de verb. obl. l. quatenus, 24. de reg. jur.* unde etiam actio hæc incer-

certa, *l. 6. C. de rer. permut. l. 3. C. de inut. stipul.* & passim actio incerti dicitur, *l. 7. §. 2. ff. hoc tit. l. 6. l. 8. & l. seq. ff. de præscr. verbor.* Itaque in actione præscr. verb. non servatur lex communis obligationum dandi, ne tum quidem, cum dedi aut feci, ut dares. Revertamur jam ad propositum: si ex hac conventione, *dabo tibi decem, ut Stichum intra mensem manumittas*, Sticho ante manumissionem intra mensem mortuo, tibi competit actio præscriptis verbis; ea autem actio non competat, nisi in id, quod interest, sequitur necessario ex sola conventione hic actionem non dari: sed ita demum, si is, cui actionem dari volumus, vel fecerit jam aliquid, quo quid ei absit, quod alioqui facturus non fuerat, puta si jam sumptus fecerit necessarios in profectionem ad prætorem; vel non fecerit, puta servum non vendiderit, quod alioqui facturus erat, per *l. 5. in pr. & §. ult. ff. de cond. caus. dat.* ut quibus casibus & quatenus cessat condictio sive repetitio, si datum quid sit, iisdem casibus & eatenus competat actio præscriptis verbis, si promissum tantum, non datum. Utique cum quatuor tantum sint contractus innominati, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*: necesse est, si speciem propositam, ad unum ex his quatuor referri volumus, ut datio vel factum aliquod ab una parte intervenerit, quod ipsa nomina demonstrant: nam dabo ut facias, vel faciam ut des, non est contractus, non magis quam pactum de vendendo venditio, de locando locatio. Itaque cum in contractibus innominatis obligatio non a simplici conventione, sed a datione aut facto ad conventionem accedente nascatur & incipiat *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. 3. C. eod.* nisi quid hic turbatum a Triboniano, quod putat Ant. Faber, *in varien.* dicendum est locum pertinere ad contractum innominatum *facio, ut des.* Quid si dicamus in specie proposita causam, ob quam dari placuerat, pro impleta haberi, propterea quod casu fortuito factum, ut impleri non potuerit. Sane ubi jam quid datum est ob causam, causa pro impleta plerumque habetur, quoties per eum, qui accepit, non stetit, quo minus causam impleret: & sic ex casu fortuito liberatio sequitur, cessatque ob causam dati condictio, *l. 3. §. quid si ita, 3. ff. de cond. cadat. l. pen. C. eod. l. 5. §. 1. vers. sed si scyphos, ff. de præscr. verb. l. 1. §. Divus, 13. de extraord. cogn.* Hæc etiam est communis interpretum solutio.

8. Effectum igitur est, inter cives Romanos ex nuda conventione actionem non nasci, licet ex causa honesta facta sit, serioque ac deliberato animo inita, ut ut etiam de eo constet. Quod si enim actio ex ea daretur, cum constat de animo deliberato, etiam quando non constat interim danda esset, ut fit in cæteris causis omnibus, ex quibus obligationes & actiones nascuntur; permittendumque actori probare conventionem intervenisse, quo probato induci deberet præsumptio, serio quoque interpositam fuisse: alias quælibet conventiones & pacta passim eludi possent. Et quidni etiam permitti oporteret actori jusjurandum in judicio reo deferre, quemadmodum alias fieri solet, præsertim ubi quid asserendum est, quod latet in conscientia ejus, cui defertur jusjurandum? Neque enim soli Deo notum, serione promissio aliqua facta sit, an secus? verum etiam promittenti.

CAPUT VII.

Aliarum gentium & hodie moribus nostris, & canonum jure etiam ex nuda conventione actionem dari.

1. *Jure naturæ & gentium pacta quævis seria obligationem efficacem parere.*
2. *Francisci Connani contraria sententia refellitur.*
3. *Apud alias gentes ignotam fuisse illam Romanorum inter pactum & stipulationem, &c. distinctionem.*
4. *Etiam jure Canonum quamlibet conventionem efficaciter obligare.*
5. *Cujacii & aliorum errores deteguntur.*
6. *Moribus quoque hodiernis pacti simplicis eandem vim esse, quæ est stipulationis jure civili.*

1. ETSI conventiones nudæ, quantumvis voluntate sufficienter significata, legum Romanarum vinculis adstrictæ non sunt, ad earum tamen observationem naturæ & gentium jure adstringimur: Nihil enim æquitati naturali magis consentaneum est, quam stare conventis, placita, fidemque servare; quod etiam prudentum responsa declarant, *l. 1. pr. ff. h. t. l. 1. ff. de pecun. constit.* Imo jure quoque civili Romanorum quælibet justa pactio obligationem parit naturalem; eaque obligatio, si unam dempseris actionem, eosdem effectus jure Quiritium habet, quos habet obligatio naturalis & civilis simul, de quo agemus postea: unum tantum hic exempli causa proferam, si ex pacto quid solutum sit; licet enim id solutum per errorem, tamen ejus non datur ne jure quidem nostro, repetitio; nempe quia antea naturaliter debebatur, *l. naturales, 10. ff. de oblig. & act. l. 7. ff. de fidejuss.* & hoc quoque significat Paulus in *l. cum amplius, 84. §. 1. ff. de reg. jur.* cum eum ait natura debere, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Agit enim illic de condictione indebiti, quæ cessat, si quid ex qualicunque pacto solutum sit; quia jam ante re adhuc integra naturæ ac gentium jure dari oportebat.

2. Itaque minime admittenda est sententia Francisci Connani *lib. 1. comm. cap. 6. & 5. c. 1.* fatentis quidem consentaneum esse æquitati natura-

tutali, & honestum, pacta servare, negantis tamen id esse necessarium, & negantis in universum ea pacta, quæ non habent συνάλλαγμα, jure naturæ ac gentium ullam inducere obligationem, præterquam pudoris & verecundiæ. Certe Pauli nostri longe alia mens fuit, qui eum, cujus fidem secuti sumus, pronunciat jure gentium dare oportere, quo verbo utique vinculum juris & moralis significatur necessitas. Marcus quoque Tullius *lib. 1. de offic.* tantam promissis vim tribuit, ut fundamentum justitiæ fidem appellet. Neque vero ratio ulla reperiri potest, cur leges, quæ quasi pactum commune sunt populi, quo nomine a Demosthene adversus Aristogitonem, & a Papiniano nostro *l. 1. ff. de legib.* appellantur, obligationem pactis addere possent; voluntas autem cujusque hoc serio agentis, ut se obliget, idem non possit. Admissa denique Connani sententia, sequeretur, nullam inter reges & diversos populos pactorum, quamdiu nihil ex iis præstitum est, jure gentium vim esse, præsertim iis in locis, ubi nulla forma fœderum aut sponsionum reperta est, ut recte Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. cap. 21.*

3. His accedit, quod omnium aliarum gentium moribus, conventiones omnes & pacta etiam, quæ nuda appellamus, obligationem, & actionem produxerunt. Nam neque apud Græcos, neque ullam aliam gentem, præter Romanos, nota fuit subtilis illa differentia inter pactum & stipulationem. Romanorum sunt hæc tam multa & distincta quasi rerum diversarum vocabula, ad anxiam quandam formularum superstitionem adstricta, pactum, stipulatio, constitutum, actio constitutæ pecuniæ, recipere, receptitia actio: quæ discrimina jus naturæ ignotar. Quin & Paulus Jurisconsultus ipse hoc fateri videtur *lib. 2. sent. tit. 14.* cum ait, *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur*, quasi dicat non negare se, quin jure gentium & naturæ inter alios populos imperio Romano non subjectos actio ex pactis nascatur. Idem quoque haud obscure innuunt Imperatores in *l. si tibi, 27. C. de locat. Si conventio*, inquiunt, *placiti fine stetit*, (id est, si stipulatio non intervenerit) *ex nudo pacto perspicis actionem jure nostro nasci non posse*, quasi dicant, etiamsi maxime aliarum gentium jure nascatur: & ideo stipulatio pactis subjici debebat, ut ex stipulatu actio nasceretur. Paulus *d. lib. 2. tit. 22. §. ult. d. l. si tibi, 27. C. de locat. l. petens, 27. C. hoc titul.*

4. Jure quoque Canonum pacta quælibet, efficaciter obliganterque actionem producere, communis est Canonistarum sententia. Felin. *in c. 1. n. 5. & 6. ext. de pact.* Panorm. & Imol. *ib.* Covar. *in c. quamvis, eod. in 6. p. 2. §. 4.* quam ego sententiam veram quoque esse non dubito, quicquid reclament recentiores quidam interpretes, inter quos Alciat. *lib. 5. paradox. 3.* Connan. *5. comm. 3.* Ant. Fab. *ad l. juris gentium, 7. §. ait prætor, 7. ff. hoc tit.* moveorque his rationibus. In *d. c. 1. ext. hoc tit.* (quod sumptum ex concilio Carthaginensi) ita loquitur Antigonus Episcopus; *Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus Ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi, Pax servetur, pacta custodiantur.* Ait Antigonus *conventus*: loquitur ergo non de eo, qui alium voluit pacto liberare; cujusmodi pacta etiam prætor servat data exceptione: sed de eo, qui se alteri obligavit, de qua obligatione implenda conventus erat: ac proinde de pacto ad obligandum comparato; cui generi pactorum prætor τὸ αὐτὸ ἀναγκαστικὸν quam jus civile iis detraxit, non restituit. In *d. c. 3. ext. eod.* ait Pontifex Romanus; *Studiose agendum est, ut ea, quæ promittuntur, opere compleantur.* Ecce non ait, quando quis pactus est, ne petat, quod est pactum liberatorium pariens exceptionem etiam jure civili: sed quando quis ex promissione se obligavit, quod pactum est obligatorium, jure civili ad agendum inefficax. Argumento etiam est inscriptio ex Gregorii registro, *Judex debet studiose agere, ut promissa adimpleantur.* En ergo agitur de eo, qui apud judicem convenitur, ut faciat id, ad quod pacto se obligavit! est enim titulus ille *de pactis*. His adde quod præsumendum est, auctores juris Canonici in casu conscientiæ, ne peccatum foverent, secutos esse jus naturale & divinum; utroque autem illo jure pactiones quælibet firmæ sunt ac validæ.

5. Fallitur ergo Cujacius, asserens Peliam eos lavare, qui contendunt jure Pontificio ex qualibet justa conventione, etiam nuda, nasci actionem, quasi inquit, amplius quid diceret Pontifex, quam dicit prætor *l. juris gentium, 7. §. ait prætor, 7. ff. h. t.* Pacta quidem servari debent jure pontificio, inquit, sed suo nempe modo, ut ea servat prætor, data videlicet exceptione, non actione. Male. Nam, uti jam ostendimus, in utroque illo capitulo agitur de eo, qui in judicium vocatur, ut quod pacto promisit, impleat: & porro igitur etiam futile est quod alii objiciunt, inter jus Canonicum & civile non esse introducendum discrimen sine canonis alicujus auctoritate, *c. 1. & 2. extr. de oper. nov. nunt.* Jam enim duos expressos canones allegavimus. Obstat tamen, inquiunt, quod in *d. c. 1. ext. hoc tit.* pœnæ excommunicationis subjicitur, qui non præstat id, ad quod se pacto obligavit. Imo contra recte arguas: si adversus eum pœna excommunicationis ob fidem non impleram statuitur; multo magis adversus eum, si obnoxius sit ulli foro sæculari, judicium in illo foro institui poterit, quod est levius. Unde etiam statim in *d. c. 3. ext. eod.* Gregorius judici sæculari id mandat ut pacto promissa curet impleri judicio in eam rem dato. Falsum autem est, quod quidam ajunt, pœnæ excommunicationis tunc demum locum esse, ubi ordi-

ordinarium remedium deest, per c. *novit*, 13. *ext. de judic.* Nam in *d. c. novit*. Pontifex duntaxat Ecclesiasticam censuram stringit & exercet in regem Galliæ Philippum, qui Angliæ regem pace fracta & fide rupta offenderat: quia Rex Franciæ omnibus in regno suo major, judicio civili aut actione aliqua instituta conveniri non poterat: cum reges jus in armis positum habeant: nec aliud statuitur *d. c. novit*.

6. Et communem hanc Canonistarum sententiam, aut potius expressos juris canonici textus, sequuntur hodie mores nostri, daturque hodie etiam ex nudo & simplici pacto actio: pactisque eadem vis tribuitur quæ est stipulationis jure civili: Gud. *lib. 3. de jur. nov. c. 5.* Grot. *lib. 3. introd. ad jurispr. Bat. c. 2.* sicut & plera que alia ad simplicitatem juris gentium redacta sunt. Tantum meminerimus distinguendas esse promissiones serias, meditatas & constantes, ab inconsideratis, temerariis, atque aulicis, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum & aliud agens, aut officiose adulans aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non etiam ex his actio detur. Porro jus Canonicum & mores hodierni in talibus pactis etiam per actionem servandis summa nituntur ratione. Quid enim? utimur hodie tantum præceptis naturalibus & gentium, solemnibus illis & scrupulosis juris civilis sublatis. Naturæ autem humanæ nihil magis congruit, quam fidem promissorum servare, ut fiat, quod dictum, sive nudis verbis, id est, nudo pacto, sive verbis solemnibus, id est, stipulatione fides data sit.

CAPUT VIII.

De conventionibus non nudis, quæ vulgo pacta vestita.

1. *Quid sit conventio non nuda, & quibus ex notis cognoscatur.*
2. *Contractus quid sit.*
3. *Cur contractus nominati certo jure actionem producant, & cur ita appellentur.*
4. *An permutatio sit contractus nominatus.*
5. *An actio æstimatoria descendat ex contractu nominato.*
6. *Transactio nec nomen contractus est, nec species.*
7. *Contractus innominati, eorumque species.*
8. *Quid nomine causæ nostri intelligant, cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo causa subsit, actionem nasci.*
9. *Illustratur res exemplis.*
10. *Falsum esse, quod quidam tradiderunt, causam in proposito significare id, quod paciscentes movit, ut convenirent, & N. 19.*
11. *Posita pura & efficaci obligatione, necessario ponitur & actio efficax.*
12. *Actionem præscriptis verbis dari non posse ei, qui nihildum fecit aut præstitit.*
13. *Refutatur futilis quædam distinctio inter obligationem & actionem, quæ nascatur jure conventionis, & eam, quæ ex perfectione & secundum perfectionem contractus.*
14. *Eadem clare refellitur per* l. 3. Cod. de rer. permut.
15. *Item per* l. diversionis, 45. hoc tit.
16. *Item per* l. contractus, 17. sub fin. C. de fid. instr.
17. *Nemo ab obligatione semel constituta invito adversario recedere potest, &* N. 23.
18. *In conventionibus innominatis, quod datur aut fit, non dari aut fieri ob causam præteritam, seu ex necessitate obligationis natæ ex sola conventione, sed ob causam futuram, ut accipiens illa datione, &c. efficaciter obligetur.*
19. *A conventione nominata ad innominatam non procedit argumentatio.*
20. *Natura contractuum innominatorum.*
21. *Pœnitentiam non admittunt contractus innominati, qui finiendarum litium gratia fiunt.*
22. *Definitio contractus a Labeone tradita* l. 19. de verb. sign. *non contractus omnes, sed συνάλλαγμα tantum complectitur.*
23. *Contractum a Theophilo minus recte definiri.*
24. *Nec pacta legitima, nec ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed manere pacta nuda, si per se spectentur.*
25. *Græcos quosdam pacta legitima a nudis segregare, contractibus adjecta non item.*

1. CONVENTIO non nuda sive vestita est, quæ puri placiti fines egreditur. Id autem duabus ex notis cognoscitur, si proprium conventio nomen sortita sit, vel si conventioni subsit causa agendi, quod ab Aristone Mauriciano, & Ulpiano in *l. juris gentium*, 7. §. 2. *h. tit.* appellatur συνάλλαγμα: alibi negotium dicitur *l. solent*, 15. *ff. de præscr. verb.* & negotium civile *l. 1. ff. de æstim. act.* Atque hæ conventiones uno verbo appellantur contractus, & jure quoque nostro obligationem & actionem producunt.

2. Contractum igitur sic definio: Contractus est conventio habens proprium nomen, aut eo deficiente causam. Definitio tantum non iisdem verbis tradita in *d. l. juris gentium*, §. 1. & 2. *h. t.* Itaque duo sunt harum conventionum genera, unum earum, quæ speciale nomen habent: alterum earum, quæ carent.

3. Prioris generis sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, commodatum, depositum, & cæteri similes contractus qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, obligationemque & actionem certo jure producunt; non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens, sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine

B 2 appel-

appellantur, ut hoc explicat Donell. *lib.* 12. *comm. c.* 9. Nimirum etsi nomen ad essentiam aut vim conventionis nihil facit, vim tamen ejus arguit a posteriore. Utilitas fecit, inquit Donellus, ut conventio esset in usu communi: usus conventioni nomen peperit. Utilitas causa est obligationis constituendæ, nomen indicium & nota constitutæ. Aliter hoc explicat Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. & pac. c.* 12. *n.* 3. putans contractus, qui nominati dicuntur, non tam ideo sic vocari, quod proprium nomen habeant, quam quod ob usum frequentiorem vim quandam & naturam acceperunt talem, quæ etiamsi nihil dictum specialiter, ex ipso nomine satis possit intelligi: unde etiam certæ de illis proditæ fuerint actionum formulæ, cum in cæteris contractibus minus frequentibus hoc tantum inesset, quod dictum & factum erat: ac proinde non communis aliqua & usitata, sed accommodata ad ipsum factum daretur formula, quæ ideo præscriptis verbis dicebatur.

4. Atque hanc explicationem juvare videtur, quod permutatio, quamvis & ipsa proprium nomen habeat, a numero contractuum nominatorum excluditur, *l.* 1. §. 2. *ff. de rer. permutat.* quamquam sunt, qui credunt contractui *do ut des* nomen permutationis inductum tantum per abusionem, quatenus contractus ille ad permutationem directus est: nam proprie permutationis nomine significari mutuam ipsarum rerum mutationem & translationem; ac proinde non tam contractum, quam modum acquirendi dominii, & alios omnes pene contractus velut permutatione quadam constant. Utut sit, constat permutationem in numero contractuum nominatorum non censeri.

5. Sed neque actio, quæ de æstimato proponitur, descendit ex contractu aliquo nominato, sed eo, de cujus nomine ambigitur, & negotio, quod partim venditioni, partim locationi, partim mandato simile videtur, *l.* 1. *ff. de æstimat.* ideoque nec actio, quæ ex hoc contractu datur, proprio nomine prædita est, quamquam nacta est æstimatoriæ appellationem, quod fit de re, quæ æstimato vendenda data est.

6. Illi autem toto cælo errant, qui etiam transactionem putant contractum esse proprii nominis: quippe cum transactio nec nomen sit contractus, nec contractus species. Etenim si proprie loqui volumus, non habet se contractus ad transactionem, ut genus ad speciem, sed modus est transigendi: nam interdum nuda pactio transactionis causa intervenit, aliquando stipulatio, quandoque datio aut retentio, *l. cum proponas*, 21. *C. de pact. l.* 2. *l. pact.* 15. *de transact. l.* 6. *l. ut responsum*, 15. *l. sive apud*, 28. *l. si profundo*, 33. *l. transactio*, 38. *C. eod.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione & terminatione litis. Unde cum proprie nostri loquuntur, dicunt pacto transigere, pactum, conventionem, placitum transactionis causa intercedere aut interponi *d. l. cum proponas*, 21. *C. de pact. l.* 7. *si de certa*, 31. *C. de transact. l. si institutæ*, 27. *pr. ff. de inoff. testam.* Modi autem transigendi non sunt genera transactionis: & per se considerata transactio diversum quid est a contractu, cui etiam opponitur in *l.* 1. §. 3. *ff. de pact.*

7. Posterius genus earum erat conventionum, quæ speciali nomine carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. *ff. hoc tit.* Hæ conventiones eo quod nomine carent, dicuntur contractus innominati, pariuntque & ipsæ jure nostro obligationem & actionem; non vulgarem quidem & usitatam, sed in factum præscriptis verbis, *d. l.* 7. §. 2. *hoc tit. l.* 1. *& pass. ff. de præscr. verb.* Sunt autem hujus generis contractuum species quatuor, do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, *l.* 5. *pr. d. tit.* quarum tamen ex una illa, facio ut des, non tam civilis nasceti præscriptis verbis actio, quam in factum prætoria dari videtur, aut si dolus aliquis arguatur, de dolo, *d. l.* 5. §. 3. *l. solent*, 15. *in fin. d. tit. l.* 4. *C. de dol.* Sed hæc non sunt hujus loci. Illud tantum hic investigandum est, quid nomine causæ Jurisconsulti intelligant, cum ajunt etiam ex conventione innominata, cui modo causa subsit, actionem nasci.

8. Et quidem de causa finali id intelligi non potest, cum in omni conventione paciscentibus finis aliquis propositus sit: neque de causa impellente seu ea, quæ paciscentes movit ad conveniendum, ut quidam somniaverunt: nam etiam in conventionibus nudis, quæ opponuntur iis, quibus causa subest, aliquid est, quod paciscentes impellat ad conventionem ineundam, verbi gratia, placuit inter nos, ut tu mihi certam pecuniæ summam dares, & ego a lite, quam tibi movi, discederem; aut ut invicem servos nostros permutaremus: hæ conventiones nudæ sunt ut proinde ex iis non nascatur actio, *l. cum proponas*, 27. *C. de pact. l. sive apud* 28. *C. de transact. l.* 3. *C. de rer. perm.* negari tamen non potest, quin alicujus rei contemplatione moti hujusmodi conventionem iniverimus, nimirum quia ego malui accepta certa summa a lite discedere, tu dare, quam incertum eventum expectare litis: quia ego malui habere tuum servum, tu maluisti meum. Ac de similibus idem judicium esto. Sed qui cunctamur causam accipere pro datione vel facto ad conventionem sive statim sive postea accedente, seu pro implemento ab alterutra parte, nempe quando præter conventionem quid datum quoque est aut factum ab uno? Sane Jurisconsultus Græcus responso [illegible] hanc rem sic explicat; [illegible], inquit, τούτοις [illegible]

αἰτίας. τίκτονται δὲ καὶ ἐκ τούτων αἱ πρόσφοροι ἀγωγαί. i. e. *His* (sc. conventionibus nominatis) *junctæ sunt & illæ, quæ nomen quidem proprium nactæ non sunt; cæterum generali nomine contractus appellantur, cum prius aliquid datur vel fit, ut vicissim aliquid detur vel fiat, videlicet ut justa paciscentibus causa subsit. Nascuntur enim & ex his utiles actiones.* Atque hinc est, quod cum pactum nudum sit conventio innominata causam non habens, Græci id definiverint, ἕνεκα μὴ προηγήσατο δόσις, &c. ex quo etiam simul apparet, eam conventionem, quæ causam habere dicitur, ex iis esse, ἕνεκα προηγήσατο δόσις, quod ipsum & Paulus indicat *l. 8. in fin. ff. de præscr. verb.* ubi ait pactum nudum non esse, quoties certa lege aliquid datur: & aliis innumeris locis significatur, *l. 5. per tot. & pass. ff. de præscr. verb. l. divisionis, 45. ff. hoc tit. l. 6. l. si pro fundo, 33. C. de transact. l. 3. l. 6. C. de rer. perm.* Denique hoc idem quoque sensisse Ulpianum *in d. l. 7. §. 2. hoc tit.* ex his ejus verbis perspicue patet: *Sed & si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem: ut puta dedi tibi rem, ut mihi aliam dares; dedi, ut aliquid facias.* Cum autem nulla talis conventioni innominatæ subest causa, ex ea, utpote nuda, negat obligationem nasci, *d. l. 7. §. sed cum, 4.* Ajo autem *conventioni innominatæ*. Nam in conventionibus nominatis, si requisita quædam adsint, ut verbi gratia in venditione & locatione, si de pretio aut mercede convenerit, etiam antequam ab altero contrahentium quid præstitum sit, obligatio nascitur.

9. Jam exemplo rem declaremus. Convenit inter nos, ut ego tibi Stichum darem, tu mihi Pamphilum. Hæc conventio nuda est, consistens intra terminos puri placiti, licet uterque nostrum certo intuitu talem conventionem inierit; ego, quia malui habere Pamphilum, tu, quia Stichum. At si aut ego a mea parte, aut tu a tua dando conventionem implesti, hic jam conventio desinit esse nuda, & terminos meri placiti excedit. Illa autem datio ad conventionem accedens *causa* a nostris dicitur. De facto ad conventionem accedente idem judicato. Paulus *negotium* vocat, *l. solent, 14. ff. de præscr. verb.* Ulpianus in *l. 1. ff. de æstim. act.* *negotium civile*, id est, tale, quod ad conventionem alioqui nudam accedens constituit συνάλλαγμα, unde obligatio quoque & actio civilis. Atque idem fere in hac re explicanda nobiscum sentiunt interpretes nostri cum veteres, tum recentiores pene omnes. Quorsum ergo tam operosa hujus sententiæ confirmatio? nimirum quia nuper nonnemo contendere cœpit ex contractibus innominatis etiam nulla datione aut facto interveniente jure conventionis oriri obligationem, eamque efficaciter: quamquam ex ea non ante efficacem agi queat, quam quid ex conventione præstitum fuerit: causam autem apud Ulpianum *d. l. 7. §. 2. & 4. h. t.* non significare dationem aut factum aliquod interveniens, sed causam præcedentem, quæ paciscentes movit, ut convenirent.

10. Ego vero non video, quomodo hæc consistere possunt, ex conventione nasci puram & efficacem obligationem, & tamen ex ea obligatione efficaciter agi non posse. Utique enim efficacia & vis obligationis consistit in juris vinculo, quo necessitate adstringimur ad aliquid præstandum; necessitas in eo, ut nisi obligatus præstet, quod debetur, jure judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad præstandum compellere. Ac proinde posita pura & efficaci obligatione, necessario quoque ponenda est efficax actio, cum secundum regulam Logicorum, qualis est causa, talis quoque sit effectus.

11. Ut ecce, emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit; & quia hinc statim oritur mutua & efficax obligatio, statim etiam, licet nihil aliud intervenerit, ex ea obligatione agi potest, modo offerat actor, quod vicissim eum præstare oportet, *l. Julianus, 13. §. offert, 8. l. qui pendentem, 25. ff. de act. empt.* Pari ergo ratione, si verbi causa hujusmodi conventio innominata, *Dabo tibi Stichum, ut mihi Pamphilum des*, æque statim & re adhuc integra efficacem obligationem pariat, etiam ex ea statim & cum effectu agere poterit, qui Stichum dare promisit, modo ille paratus sit Stichum dare. Atque hanc quoque esse apparet mentem eorum, qui asserunt ex conventione innominata obligationem statim nasci, ex qua etiam agi possit, quamquam cum effectu non possit, nisi postquam ab uno datum quid sit, aut factum, quia ad confirmandam sententiam suam utuntur exemplo emptionis & venditionis, negantque ullam esse circa productionem obligationis & actionis inter conventiones nominatas & innominatas differentiam. Videamus igitur, quam vere & rationi juris nostri convenienter, hæc dicantur. Et vel uno exemplo locationis & conductionis demonstrari potest, quam parum hæc juri nostro sint consentanea. Locatio & conductio contrahitur nudo consensu simulac de mercede pro usu rei danda convenit: atque ut hic ex sola conventione, nulla re interveniente oritur obligatio, ita quoque conductor nullo in præsens dato aut oblato experiri cum locatore efficaciter potest, ut præstet frui, quod conductum est licere, *l. 9. l. 15. §. 1. l. si fundus, 33. l. & hæc distinctio, 35. ff. locat.* at ex sola conventione innominata agi cum effectu non posse fatentur ipsi adversarii: qui si pro firmamento suæ opinionis non tam exemplum emptionis & venditionis, quam locationis & conductionis attulissent, fortassis ipsi deprehendissent errorem suum. Cæterum nec oblationem vim implementi habere in contractibus innominatis ostendemus postea. Ad hæc perperam in-

ter contractus eas etiam conventiones innominatas numerant, quæ terminos conventionis non egrediuntur; quoniam conventionis innominatæ datione demum aut facto interveniente συνάλλαγματα sive contractus esse & appellari incipiunt, quamdiu autem res adhuc integra est, nudæ tantum sunt conventiones, ex quibus nec obligatio nec actio jure nostro nascitur, ut supra satis abundeque demonstratum est. Sed fingamus obligationem & actionem ex tali conventione nasci solo jure conventionis, quæ actio re adhuc integra intentari quidem possit, sed non cum effectu: quæ ergo erit illa actio? nimirum præscriptis verbis, inquiunt.

12. Quod si porro quæras, quomodo formula actionis præscriptis verbis, quæ in factum componitur, & rem gestam demonstrat, *l. 6. in fin. C. de transact.* accommodari possit ei, qui nihildum fecit, aut præstitit, respondent pro varietate conventionis formulam posse concipi, & conventionem referri ad unumquemque ex his quatuor articulis, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; quippe hos contractus non ita vocari ratione conventionis, sed impletionis, eo quod ante illam nulla cum effectu actio ex iis intentari queat. Igitur, si eis credimus, hæ conventiones *dabo ut des, dabo ut facias*, &c. referendæ sunt ad illas *do ut des, do ut facias*, &c. Et verbi causa si inter nos convenerit, ut ego tibi decem darem, & tu servum tuum manumitteres, potero re adhuc integra formulam concipere verbis in factum & rem gestam compositis, in qua & prætor judicem det hoc modo, *Si paret Mævium decem Titio dedisse ea lege, ut servum suum Titius manumitteret, neque Titius manumittat, tum Titius damnetur*, aut contra: *Si paret Titium servum suum manumisisse ea lege, ut decem a Mævio acciperet*, &c. Si aliam excogitent, quæ oblationis duntaxat, non dati aut facti mentionem habeat, ea nullo modo poterit convenire formulæ præscriptis in factum verbis. Sed nec illud verum est, quod ajunt contractus *do ut des, do ut facias*, &c. ita vocari ratione impletionis tantum, non conventionis: nam verba illa do ut des, manifeste etiam conventionem exprimunt, sed præter conventionem adsignificant causam quæ conventioni subest, sive negotium interveniens, quod fundamentum est συναλλάγματος, efficitque, ut conventio amplius non sit nuda, & ea nascatur civilis actio.

13. Cum vident etiam in textibus plerisque, qui huc pertinent, expressim negari in conventionibus innominatis nudo solove consensu obligationem constitui, & nominatim, ut alios prætereeam, in *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* quo loco Jurisconsultus diserte ait, permutationem demum ex re tradita initium obligationi præbere, confugiunt ad nescio quam distinctionem, qua non observata ajunt, quotquot sunt & fuerunt hactenus Interpretes, hallucinatos esse: nimirum aliam ajunt obligationem & actionem nasci jure conventionis, aliam ex perfectione & secundum perfectionem contractus; qua distinctione adhibita facile quivis ex hujusmodi laqueis se possit expedire. Ajunt igitur in *d. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Jurisconsultum adscribere rei traditæ initium obligationis, quæ est secundum perfectionem contractus, non quæ oritur jure conventionis. Non est mirum interpretes omnes hic hallucinatos esse, qui tam subtilem distinctionem, & quam ipsa ignoravit antiquitas, non observaverint. Sed fetio. Paulus in *d. l. 1. §. 2.* initium obligationis in permutatione adscribit rei traditæ: ergo nullam adhuc ante traditionem natam esse intelligit: alioqui non initium obligationis, sed obligationis jure conventionis antea constitutæ perfectionem, aut efficacitatem traditioni attribuere debuisset. Sequitur mox apud Paulum, *alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu obligationem constitui dicemus: quod in his duntaxat receptum est, quæ nomen suum habent, ut in emptione, venditione, conductione, mandato*. Ecce negat Paulus absolute, nudo consensu, id est, jure solius conventionis, ubi nihildum præstitum est, ut ipsa verba ostendunt, obligationem constitui, præterquam in conventionibus nominatis: unde perspicue liquet, Paulum in conventionibus innominatis productionem, constitutionem, initium, originem ipsam obligationis adscribere rei traditæ; falsumque esse, quod illi afferunt, ex conventione esse obligationem & actionem, ex datione, numeratione, præstatione, quod cum effectu actio moveri possit. Quin hoc ipsum etiam pugnat cum eo, quod rei traditæ originem adscribant obligationis, quæ est secundum perfectionem negotii, quod contrahitur: nam qui hoc dicit, ultro fatetur ex datione, numeratione, præstatione oriri obligationem, adeoque hanc obligationem esse effectum, & filiam, ut ita loquar, dationis, præstationis, &c. illam obligationis hujus causam & velut matrem: quod passim tamen negant soli conventioni vim tribuentes obligandi.

14. Ajunt mirari se, quod adversarii aliquid præsidii in *l. 3. C. de rer. permut.* causæ suæ quærant, & quare? quia, inquiunt placitum permutationis in *d. l. 3.* pro nudo pacto de permutando sumitur, id est, eo de quo non constet, an deliberato animo factum sit. Verba Imperatorum in *d. l. 3.* sunt hæc; *Ex placito permutationis, nulla re secuta, constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quæsierit partibus actionem*. Verum est hoc loco agi de pacto nudo, sed pactum nudum Imperatores intelligere, quando non constat de serio animo, commentum est, quod ex ipso textu satis evincitur. Negant simpliciter Imperatores aliter actionem re nulla secuta ex placito permutationis competere, quam si stipulatio subjecta sit: ergo ne tunc quidem, cum constat de

seria

feria voluntate paciscentium. Hoc enim Leontius proposuerat, placuisse inter se & adversatium suum, ut invicem res quasdam permutarent, quærebatque an ex hujusmodi placito jure conventionis actio sibi competeret, qua adconventionem implendam urgere adversarium posset, paratus ipse a sua parte eandem implere: id quod Imperatores negant. Quod autem excipiunt, nisi subjecta sit stipulatio, eo significant, stipulatione demum conventioni subjecta, posse Leontium, a sua parte contentum conventioni stare, actione ex stipulatu compellere adversarium, ut & ipse quoque placitum servet, nisi velit condemnari quanti actoris intersit.

15. Simile huic placito est, quod proponitur in *l. divisionis*, 45. *ff. hoc tit.* si verbi causa in lite familiæ erciscundæ convenerit, ut certis partibus hæreditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam, neque traditio ulla secuta sit, neque porro placito subjecta stipulatio: hoc enim placitum negat Jurisconsultus cuiquam ad actionem prodesse: non quia non sit pactum aut conventio feria; sed quia conventio nuda, placiti fines non egrediens; cujusmodi conventiones utut feriæ, nemini ad actionem prosint.

16. Postremo nec illud patrocinari adversarii existimant, quod scriptum est in *l. contractus*, 17. *sub fin. C. de fid. instr.* eum, qui vendere pollicitus est, si recuset adimplere conventionem, posse id impune facere, si nihil arrarum nomine acceperit, non quod ibi agatur de pacto nudo, cum deliberationem animi satis arguat arrarum interventus, sed alia ratione: quoniam, quod adversarii non animadverterunt, in specie illic proposita jure conventionis obligatio contracta fuit, eum alias discedens a conventione altero invito non recte mulctetur. Mirifica vero collectio. Quinimo contra si talis conventio obligationem produceret nullo modo liceret uni invito altero recedere, nec emptori cum emissione arrarum, nec venditori cum duplicatarum restitutione.

17. Est enim hæc perpetui juris regula, neminem posse ex pœnitentia ab obligatione semel constituta & in se suscepta invito adversario discedere, *l. 5. C. de obl. & act.* Idque vel ex ipsa natura obligationis, quæ necessitate solvendi obligatum adstringit, intelligi potest, ut paulo post ostenditur evidentius. Itaque amissio arrarum, aut duplicatarum restitutio non est pœna recessionis non consentiente adversario factæ ab obligatione aliqua jure civili constituta, sed temeritatis & inconstantiæ. Quid si nihil arrarum nomine intervenerit? hic jam impune etiam uni altero invito recedere licebit, *d. l. contractus*, *sub fin. C. de fid. instr.* cui jam hoc etiam consequens est, etiamsi unius intersit conventionem impleri, non eo tamen magis actionem illi competere; quemadmodum nec si unius intersit, ex pacto permutationis aut divisionis ulla competit; *l. 3. C. de rer. perm. l. 45. ff. hoc tit.* Et quid hic alias profecerit placitis interveniens stipulatio? Sibi autem imputet, qui queritur, quod cum potuerit & debuerit, pacto non subjecerit stipulationem, juxta consilium Pauli *lib. 2. sent. tit. 22. in fin.* Plane in hujusmodi conventionibus de vendendo, de permutando, &c. si quid ab eo, qui placitis non stat, dolo malo factum erit, quo alter in damnum incideret, non gravatim dandam esse actionem de dolo, *arg. l. & eleganter*, 7. §. *servus*, 8. & ibi Bart. *ff. de dol. mal.* Costal. *ad l. 7. pr. hoc tit.* Afferunt porro causam apud Ulpianum in *d. l. 7. §. 2. hoc tit.* non significare dationem aut factum certa lege intervenien; sed causam præcedentem, nempe quæ paciscentes movit, ut convenirent: cujus assertionis sua hæc argumenta habent. 1. quia datur aliquid aut fit propter conventionem. 2. quia causa respicit conventionem. 3. quia datio aut factum per se non obligat, nisi ad restitutionem. Diceres rem ad triarios rediisse, quod profligatis hastatis & principibus tantæ virtutis milites subsidio mittant. Sed experiamur robur singulorum argumentorum. In postremo, ut ab eo incipiam, est fallacia divisionis: Neque enim nos dicimus solam dationem aut dationem per se sine conventione obligare, non magis, quam conventionem per se obligare sine datione; sed obligare dationem a conventione informatam, seu dationem sub lege vicissim quid præstandi, & ita simul juncta demum obligationem producere. Insubtile autem est, quod addunt *factum*: quia facti nulla est restitutio. Secundum argumentum, quod ideo causa apud Ulpianum non significet dationem aut factum, quia causa respicit conventionem, incidit in vitium petitionis principii: nam de causa impellente & conventionem antecedente duntaxat hoc verum est eo sensu, quo illud accipiunt, non de ea, quæ velut materia conventioni subjicitur, formaque a conventione accepta in συνάλλαγμα abit, qualem intelligere Jurisconsultum in *d. l. 7. hoc tit.* ex oppositione §. 4. & §. 2. ejusdem legis dilucide apparet.

18. Sed & in primo quoque argumento manifesta est principii petitio; nihil enim efficiunt, nisi his verbis, *dari aut fieri aliquid propter conventionem*, hoc significent, quod datur aut fit, in proposito dari aut fieri propter vim obligationis ex sola conventione natæ: quod est falsum: cum enim, ut ex iis, quæ jam antea disputata sunt, clarissime liquet in conventionibus innominatis origo obligationis non a nudo consensu, sed a datione aut facto ad consensum accedente proficiscatur, quia parte sua, quod placuit, præstat, non facit id ex necessitate obligationis, quam non gignit nuda conventio; sed ut adversarium, qui itidem nulla juris necessitate adstrictus est, illa præstatione efficaciter obliget. Atque hinc est, quod præstatio illa non solutio, quæ debiti est, sed datio appellatur: & quia

& quia illa fit ob causam futuram, ut vicissim quid detur, satis apparet eam comparatam esse non ad liberandum, sed ad obligandum eum, qui & ipse antea obligatus non erat, non ut quid solvat, quod antea debebat, sed ut quid det aut faciat secundum legem dationis dictam, & hic si iis, qui accepit, causam, ob quam accepit, implere cessaverit, competit ei, qui dedit vel ad repetendum condictio tamquam ob causam dati causa non secuta, vel incerti præscriptis verbis actio in hoc, quod ejus interest causam impletam esse, *l. 5. §. 1. & 2. ff. de præscript. verb. & passim. ff. & C. de cond. caus. dat.* Quod si datio illa respiceret causam aliquam præteritam aut antecedentem obligationem, nulla competeret dati repetitio; nam quod ob causam præteritam datur, condici non potest, *l. damus, 52. ff. de cond. indeb. l. mercelem, 5. C. de cond. ob turp. caus.* nec debiti soluti ulla repetitio est, ne ejus quidem, quod naturaliter ex nuda pactione debetur, *l. naturales, 10. ff. de oblig. & act.*

19. Apparet itaque nihil eos juvare, quod de venditore afferunt, eum non tradere mercem, ut emptorem sibi obliget, sed ut obligationi jam antea ex conventione natæ satisfaciat: nam a conventione nominata, ex qua etiam nudo consensu obligatio constituitur, ad innominatam, in qua initium obligationi res tradita præbet, non procedere argumentationem perspicue docet Paulus *l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* Venditor igitur mercem tradens, solvit, quod debet, & ad quod solvendum jure judicioque cum eo agi poterat: non ut emptorem obstringat, quem satis ex conventione obstrictum habet; sed ut se liberet: at in contractu innominato, verbi causa, do ut des, sive nuda aliqua conventio præcesserit, sive non, qui dat, ut vicissim quid detur, non solvit, quod debebat; sed dat, quod non debebat, ut accipientem, qui & ipse antea obstrictus non erat, hac datione sibi obstringat. Atque hinc est quod venditor, qui fidem emptoris securus mercem tradidit, ex pœnitentia mercem repetere non potest, *l. incivile 12. C. de rei vind. l. 3. C. de contr. empt. l. 6. de resc. vend.* nimirum quia hic obstat præcedens obligatio, quæ pœnitudinem non recipit; quoniam nemo potest constitutæ semel obligationi renuntiare invito adversario, *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. de resc. vend. l. in commodato, 17. §. 3. ff. commod.*

20. Contractuum autem, qui in aliud nomen non transeunt, natura hæc est, ut danti ob causam rebus integris pœnitere liceat, & ex pœnitentia datum repetere, aut obnuntiare accipienti, ne causam impleat; contraria videlicet ratione, quoniam cum ad dandum obstrictus non fuerit, nec ad datum tali lege, quasi prius debuisset, relinquendum obstringi debet, *l. 3. §. 1. & 2. l. 5. pr. & §. 1. ff. de cond. caus. dat. l. in summa, 65. §. quod ob rem, 4. ff. de cond. ind.* Quod si ubi jam aliquid datum est ab una parte, ille qui dedit, ex penitentia datum repetere potest, invito adversario, multo minus, si nihildum dederit, ab adversario ut det, poterit constringi, licet ille a sua parte conventionem implere velit, *contractus, 17. sub finem C. de fid. instrum.* Et hoc significant interpretes, cum ajunt, in conventionibus innominatis oblationem non habere vim implementi.

21. Excipiendi autem sunt ex contractibus innominatis illi, qui transactionis & finiendarum litium gratia ineuntur, in quibus ob eandem causam nec locus est pœnitentiæ, ne scilicet lites transactione semel decisæ instaurentur, *l. in summa, 65. §. 1. ff. de cond. ind. l. quamvis, 39. C. de transact.* & ibi DD. *Jas. in l. 5. ff. de cond. caus. dat. colum. 3.* Jam opinor videmus, unde hæc juris nascatur varietas, nempe ex differentia, quæ est circa productionem obligationis in conventionibus nominatis & innominatis, quia in illis receptum est, ut etiam nudo consensu obligatio contrahatur, ut his non contrahitur nisi re aut facto aliquo interveniente.

22. Illud enim perpetuo verum est, nec ullam patitur exceptionem, neminem posse ab obligatione semel constituta & in se suscepta adversario non consentiente discedere, *d. l. 5. C. de obl. & act.* quippe hic certissimus est obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori. *Inst. quib. mod. tol. obl. & pass. ff. & C. de solut.* Quam etiam ob causam obligatio definitur juris vinculum, quo necessitate adstringimur ad solvendum, quod debetur. Si ergo qui obligatus est, adstringitur necessitate solvendi, consequens est omnino, non esse in ejus arbitrio, utrum velit solvere nec ne, quod tamen futurum esset, si liceret ei pro arbitrio a contractu recedere. Atque hoc non solum locum habet in contractibus, qui nomen suum habent, ut quidam putaverunt; verum etiam in iis, qui non habent proprium nomen, ut ecce, dedi tibi aliquid ea lege, ut mihi vicissim aliquid dares aut faceres, si cessas dare aut facere, teneris mihi ut id, quod meæ interest, id, de quo convenit, datum aut factum esse, eoque nomine tecum experiri possum actione præscriptis verbis; neque tu huic obligationi in te susceptæ renuntiare potes, tuove te facto aliter liberare, quam si id de quo convenit, præstes, *l. 5. §. 1. & §. 2. ff. de præscr. verb.* Quod vero hic mihi, qui dedi, liceat rebus integris ex pœnitentia datum repetere, regulam non offendit: neque enim ego dici possum datum repetens renuntiare alicui obligationi in me susceptæ, cum ipse nec ante obligatus fuerim, nec tibi dando id egerim, ut me tibi, sed ut te mihi obligarem. Sed neque exempla mandati, societatis, depositi, precarii, quæ huic regulæ objici solent, eam aliqua parte vitiant. Mandati obligatio solo consensu contrahitur, & tamen,

men, ei qui mandatum suscepit, liberum est mandatum renuntiare. An ergo cum mandatum renuntiat, dicendus est renuntiare constitutæ obligationi? Minime. Nam cum mandatarius non aliter ab initio obligari intelligatur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempestive renuntiet, *l. si mandavero*, 22, §. *ult. l. si quis*, 27. §. 2. *ff. mand.* §. *mandatum*, 11. *Inst. eod.* ubi in tempore renunciat, non modo contra obligationem nihil facit, sed maxime præstat, quod erat in obligatione. Eademque ratio est & in mandati revocatione: quoniam nec mandator præcise obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Similiter societas quoque consensu contrahitur, & unius e sociis renunciatione dissolvitur: nec tamen qui societatem socio renunciat in novo negotio nondum cœpto, renunciat constitutæ obligationi, quia nemo in societate obligatur, ut invitus in societate maneat: in tantum ut etsi nominatim convenerit, ne a societate discederetur, talem tamen pactionem ut inutilem & contra naturam societatis factam contemnere liceat, *l. si convenerit*, 14. *l. nulla* 70. *ff. pro soc.* junct. *l. verum*, 63. *pr. ff. eod. l. cum pater*, §. *dulcissimis*, 2. *ff. de legat.* 2. Postremo nec officium suum perdit regula superior in specie *l.* 1. §. *antepen. & pen. ff. depos.* ubi si rem apud te sic deposuero, ut post mortem vel tuam vel meam reddatur, placet me statim depositum posse repetere; nec in specie precarii in eandem sententiam proposita in *l. cum precario*, 12. *ff. de precar.* ubi cum res precario sic datur, ut is, qui eam accipit, usque ad Calendas Julias precario possideat, respondetur posse nihilominus etiam ante possessionem auferri; quoniam neque deponens obligatur, ut ne repetat depositum, neque is, qui precario dedit, ut non repetat precarium; imo contra & qui depositum accepit, & qui accepit precarium, ipsi obligantur in hoc, ut dominis reposcentibus acceptum reddant. Illud tantummodo hic quæri potest, an is, qui depositum aut precarium accipit, exceptione pacti conventi ex edicto defendi debeat, ne ante diem cogatur depositum aut precarium restituere: & recte placuit nullam esse hujus conventionis vim, neque in deposito, quia dies adjectus est deponentis duntaxat gratia, ut depositarius cogeretur tamdiu rem custodire; neque in precario, quia conventio de re precaria non repetenda naturæ precarii adversatur, ut ipse Jurisconsultus in *d. l. cum precario*, significat. In commodato autem contrario modo sese habet, nempe propter obligationem commodantis, quæ impedit, quominus usum rei ad certum modum & tempus concessum ante tempus auferre liceat, *l. in commodato*, 17. §. 3. *ff. commod.*

22. Redeamus in viam & videamus ne definitio contractus a nobis proposita nimis lata sit. Etenim Labeo in *l.* 19. *ff. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem; id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur; qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loco* expresse a contractu distinguit. Sed animadvertendum Labeonem illic non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio; sed quid prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, *actum*, *contractum*, *gestum*. Nam cum singula hæc per se posita, & vi sua generalia sint, apparet Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque *contractus* ad eam speciem traducere contractuum, qui mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus non in eo consistere, ut ultro citroque obliget: verum non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum; id quod satis ostendit vetus, & recepta contractuum divisio apud Cajum *l.* 1. *ff. de obl. & act.* apud Ulpianum *l.* 1. §. 2. *ff. de pact.* apud Justinianum §. *ult. Inst. de obl.* item *Inst. de auct. tut. in pr.* quo loco evidentissime contractus *μονόπλευροι*, cujus generis est stipulatio, *δίπλευροι*, quales sunt emptio, locatio, societas, &c. ut diversæ unius generis species secernuntur.

23. Apparet autem ex disputatione Ulpiani *in d. l.* 7. §. 1. & 2. *ff. hoc tit.* unde nostra contractus definitio sumpta est, non omnem consensum duorum ad constituendam obligationem interpositum contractum esse: ac proinde non satis recte a Theophilo contractum definiri hoc modo; *συνάλλαγμά ἐστι δυοῖν, ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ συνέλευσίς τε καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τῷ συνίστασθαι ἐνοχὴν καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ γενέσθαι ὑπεύθυνον*, id est, *Contractus est duorum vel plurium in idem conventio & consensus ad constituendam obligationem, & ut alter alteri fiat obnoxius*. Nam si inter nos convenerit, ut ego tibi Stichum, tu mihi Pamphilum dares permutationis causa, hæc etiam conventio est duorum vel plurium consensus in hoc, ut alter alteri obligetur: contractus tamen non est, sed nudum pactum; unde nec actio ex eo nascitur, *l.* 3. *C. de rer. perm.*

24. Quinimo etiam hoc ex eadem disputatione evincitur, nec pacta legitima, neque ea, quæ contractibus in continenti adjiciuntur, contractus esse aut cum contractibus confundenda: sed esse & manere pacta nuda, quamvis communem vim obligandi cum contractibus habeant: siquidem nec in proprium conventionis

nis nomen transeunt, nec causam cur dare aut facere debeas ullam habent præter conventionem: utique si per se spectentur, ille sine adminiculo legis: hæc relative ad stipulationem, aut ut sejuncta ab eo contractu, cui adhibentur. Cæterum interpretes plerique hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento assistentiæ legis: alterum cohærentiæ contractus; quippe qui nuda ea pacta solummodo appellant, quæ vim obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Neque hoc caret ratione, & suo sensu recte dicitur, nimirum quatenus in pactis legitimis consideramus specialem confirmationem, in pactis adjectis unionem cum contractu, in quo fiunt, & cujus in partem transeunt.

25. Jurisconsultus Græcus pacta legitima a nudis segregat *διὰ τὴν ἰδικὴν ὀνομασίαν*, contractibus autem in continenti adjecta in nudorum numero relinquit, sed quæ sint alterius naturæ & efficaciæ: sic enim ille *μελ. περὶ ψιλ. συμφ. ταῦτα ἂν ὦσι ἀληθῶς καὶ τὰ ἐξ κα... ἑνῶσιν, καὶ εἰκότως εἰ γὰρ νούδον ἐστι πάκτον, καθὼς ὁ νόμος ὡρίσατο, τὸ μὴ ὑπὸ νόμου τινὸς ἢ δόγματος κυρούμενον ἰδικῶς τὸ μὴ εἰς ἰδικὸν μεταπίπτον ὄνομα συναλλάγματος, τὸ μηδενὸς τούτων μετέχον, ... τῆς αὐτῆς δυνάμεως ἀπεστερημένον ἀνώνυμον τοῦτο καὶ αὐτὸ τεχνικῶς ἄγαν καὶ ἠκριβωμένως κληθείη. καὶ ταῦτα, οὐχ' ὡς τὰ ἐξ ἰνδιαστήματος, ἀλλ' ἑτέρας φύσεως καὶ ἰσχύος*. *Ergo*, inquit, *revera nuda pacta sunt etiam quæ in continenti, & merito. Nam si nudum pactum est, ut lex ipsa definivit, quod non lege quadam aut senatusconsulto specialiter confirmatur, quod non transit in speciale nomen contractus, quod non fiat in eodem genere prius aliquo dato vel facto, aut detur aut fiat: utique quod nullius horum particeps est, nec notam habet, unde agnoscatur habere eandem vim, nudum & ipsum artificiose admodum & accurate vocabitur: nudum autem non ut illa ex intervallo sed naturæ alterius & aliam vim habens*. Cæterum juris nostri conditores omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti, aut pacti placitive simpliciter, appellare solent, *l. 6. l. 7. §. quinimo, 5. & seq. ff. hoc t. l. in bonæ, 13. C. eod. l. etiam, 30. ff. de usur. l. frumenta, C. eod. l. 6. C. de jur. dot. cum similib.*

CAPUT IX.

De pactis in continenti contractibus adjectis.

1. *Pacta in continenti adjecta bonæ fidei judiciis insunt etiam ex parte actoris: adjecta ex intervallo duntaxat ex parte rei, & latius N. 4.*
2. *Illustratur hoc variis exemplis.*
3. *Removetur difficultas quædam, quam parit* l. 7. §. 5. hoc tit.
4. *Quid Papiniano sint adminicula contractus?*
5. *Quid extra naturam contractus Ulpiano.*
6. *Non male interpp. vulgo secernere naturalia contractuum a substantialibus.*
7. *Quid juris in pactis circa substantiam contractus.*
8. *Quid in pactis quæ contra substantiam contractus adhibentur, eorumve naturæ repugnant.*
9. *Quid in iis, quæ terminos naturæ contractus egrediuntur.*
10. Ex continenti *sive* in continenti, *locutio nostris familiaris; cui opponitur:* postea ex intervallo, &c.
11. *Quid Latinis* continens.
12. *Quam variæ hæ voces* ex continenti, *vel* in continenti *in jure nostro accipiantur.*
13. *Quæ pacta ex continenti fieri dicantur.*
14. *An etiam ea, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur: ubi multa notatu digna.*

1. Ex his, quæ hactenus disseruimus, apparet pacta, quæ adjiciuntur dationibus & factis, ut ita loquar, informibus & simplicibus, puta cum do aut facio ea lege, ut vicissim quid detur, aut fiat, constituere contractum innominatum: cujus hæc vis sit, ut civilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis producat. Agendum porro est de iis pactis, quæ adjiciuntur factis & dationibus, quæ alias certam formam habent, quærendumque quem effectum habeant pacta opposita contractibus nominatis. Et aut pacta hæc adjiciuntur contractibus ex continenti, aut ex intervallo. De adjectis in continenti traditum est, ea inesse bonæ fidei judiciis etiam ex parte actoris, actionemque contractus & contractum ipsum formare, legemque contractui dare: & contra de interpositis ex intervallo, ea non inesse ex parte actoris, sed tantum ex parte rei locum habere, eique prodesse ad exceptionem *l. juris gentium, 7. §. quinimo, 5. & seq. ff. h. t. l. in bonæ, 13. C. eod. l. cum dotem 10. C. de jur. dot. l. pacta conventa, 72. ff. de contr. empt.*

2. Illustremus rem exemplis. Venditor emptori cavere tenetur nomine evictionis, non tamen, ut satisdet dato fidejussore, sed sufficit regulariter nuda repromissio, *l. emptori, 37. l. si dictum, 56. ff. de evict.* Hic autem, siquidem ex continenti convenerit, ut venditor ob evictionem satisdaret, hoc est, fidejussorem (*waerborge*, qui secundus auctor, *l. 4. ff. de evict.*) daret, pactum hoc sive conventio format contractum, id est, legem hanc contractui dat, ut satisdetur, formatque etiam ipsam actionem, id est, facit, ut actio ex empto porrigatur etiam ad id, quod pacto comprehensum est, atque ut possit emptor judicio empti cum venditore experiri, eumque compellere, ut evictionis nomine fidejussorem det, *l. 4. l. 37. l. 56. ff. de evict.* Quod si vero ex intervallo

vallo emptione jam perfecta idem convenerit, id pactum emptori ad agendum & fidejussorem pro evictione petendum non proderit, *l. 7. §. quinimo, 5. vers. idem responsum, ff. hoc tit. l. pacta, 62. ff. de contr. empt.* Vendidi tibi fundum ea lege, ut in rem tuam fundo accederet aratrum, aut boves aratorii, aut quid aliud, valet conventio non aliter, quam emptio ipsius fundi, *l. si in emptione, pr. 34. l. fistulas. 78. ff. de contr. empt.* Et ex converso, quod meo commodo fieret, vendidi tibi partem domus, ut alteram partem conductam haberes certa mercede, valet hæc conventio haud secus, quam de pretio alterius partis, *l. fundi, 79. ff. eod. tit.* Cæterum neutra aliter, quam si in continenti apposita sit, *dd. ll.* Natura depositi hæc est, ut in eo dolus duntaxat præstetur, *l. 5. §. 2. commod. l. contractus, 23. ff. de reg. jur. l. 1. §. ult. ff. depos.* At enim si ab initio convenerit, ut depositarius culpam quoque præstaret, [illegible] conventio: quippe quæ legem hanc depo[illegible]at, ut culpa quoque præstetur, quam alias [illegible] contractus non recipit, *d. l. 1. §. si conven[illegible] ff. depos. d. l. 5. §. 2. ff. commod. d. l. contra[illegible], de reg. jur.* Plura ejusœmodi exem[illegible]m obvia. Huc etiam pertinet lex com[illegible] lex redhibendi oblato pretio, item lex [illegible] vulgaris, ut si displicuerit, res sit inempta, & ea quæ dicitur in diem addictio. Casus fortuiti in nullo bonæ fidei judicio præstantur, *l. 6. C. de pign. act.* Si tamen initio nominatim convenerit, ut commodatarium puta, aut conductorem, aut venditorem damnum fatale sequeretur, conventio servabitur, quia legem contractui dedit, *d. l. contractus, 23. de reg. jur. d. l. 6. C. de pign. act. l. 1. C. commod. l. 9. §. 2. ff. locat. l. 1. ff. de peric. & comm. rei vend.* Unum addam, quod nonnihil difficultatis habere videtur. Id tale est. Si in contrahendo matrimonio & dote constituenda hujusmodi pactum apponatur, ne tempore statuto dilationis (annua, bima, trima die) dos reddatur, sed statim; hoc pactum soluto matrimonio ad agendum mulieri prodest, formatque actionem rei uxoriæ: Si vero forte jam divortio facto convenerit, ut non expectata legitima dilatione dos statim redderetur; tale pactum ad agendum non valet, *l. 7. §. 5. hoc. tit.* quia in pactis ex intervallo adjectis non est recessum a regula, ex pacto actionem non dari.

3. Dixeris autem hanc pactionem, non obstante eo, quod ex intervallo interposita sit, saltem prodesse debere ad replicationem, ut si muliere statim petente, excipiendo alleget maritus ante annum non recte peti, replicare possit mulier, pacto eam dilationem esse sublatam, *arg. l. si unus, 27. §. 2. ff. hoc tit.* Respondeo, exceptio, quæ mulieri ante tempus dotem petenti objicitur, legitima est, pacti conventi non item. Nimirum pactum de non petendo tantum ex conventu valet tuitione prætoris, non legis alicujus confirmatione; & ideo exceptio inde competens alterius pacti replicatione adjuvante prætore facile tollitur. At pactum quod obligationem ex lege descendentem auget, inutile est adjectum ex intervallo, & ne ad replicationem quidem valet, ut majorem, quam ex lege est, obligationem reddat: quod utique hic saltem effectum futurum esset, si vires haberet pactio. Alii respondent, nullam ante legitimum tempus mulieri actionem competere, propterea quod lex maritum non nisi elapso anno obligat & cogit ad restitutionem dotis.

4. De pactis igitur adjicientibus sive augendæ obligationis gratia interpositis sic habendum, ut si ex continenti bonæ fidei contractibus fuerint adjecta, contractum forment, forment actionem ipsam, quæ ex contractu datur, quod Græci sic exprimunt, *ἀμείβουσι, τουτέστι, μεταμορφοῦσι τὴν ἀγωγὴν, ἢ τῷ σώματι συμβάλλονται.* At contra, quæ ex intervallo interponuntur, contractum, vel actionem contractus non formant, propterea quod post contractum jam usquequaque perfectum interponuntur; & ideo ad actionem non prosunt, *τῷ σώματι οὐ συμβάλλεται.* At vero pacta detrahentia, quæ obligationem minuunt, quæ leviorem conditionem unius e contrahentibus faciunt, etiam ex intervallo facta prosunt ad exceptionem, *τῷ συγχωρήματι πίπτει παραγραφῇ.* Ut ecce, si post emptionem perfectam ex intervallo convenerit, ne venditor cautionem duplæ præstet: hæc pactio quamvis ex intervallo interposita, contractu continetur, auctore Papiniano in *l. pacta conventa, 72. ff. de contr. emp.* id est, vires habet jure exceptionis agente emptore de cautione præstanda. Loquitur autem ita Papinianus, quia exceptio pacti inest bonæ fidei judicio, *l. 3. ff. de resc. vend. l. sed & si, 21. sub fin. ff. solut. matrim.* id est, judex exceptionis rationem habet, etiamsi reus in lite contestanda eam omiserit. Quod si ab initio in venditione convenerit, ne cautio duplæ præstetur, tutus erit venditor ipso jure. Idemque dixerim, si talis conventio venditioni mox subjecta sit *arg. l. lecta, 40. ff. de reb. cred.* Atque hæc ita se habent in pactis circa adminicula contractus, ut ea vocat Papinianus *d. l. pacta, 72. ff. de contr. empt.* cum aliquid extra naturam contractus convenit, ut Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo, 5. vers. idem responsum ff. hoc tit. παρὰ φύσιν συναλλάγματος,* ut Græci.

5. Adminicula Papiniano dicuntur dies, conditio, modus, aliaque adjumenta adhibita ad negotium promovendum, quæ adesse & abesse possunt, ut tamen contractus per se ac sine iis consistat: Græci *ἀφορμάς* vocitant: veluti, ut scriptura adhibeatur, ut periculum præstetur, ut præstetur culpa in contractu, qui dolum tantum recipit, aut dolus duntaxat in eo, qui recipit & culpam, ut dos statim non expecta-

to

to legitimo tempore dilationis reddatur, in emptione & venditione, ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur, vel, ut ne omnino præstetur, ut pensitentur usuræ pretii tardius exsoluti, *l. 5. C. de pact. int. empt.* ut pretio sua die non soluto res sit inempta, &c. Pomponius causas obligationum vocat, sed quæ pacto mutabiles, *l. nec ex prætorio, 27. de reg. jur.* De his rebus cum pacta fiunt, ea sunt, quæ extra naturam contractus fieri ab Ulpiano dicuntur. Extra naturam contractus, id est, extra οὐσίαν, essentiam contractus, quæ non attingunt contractus substantiam.

6. Igitur extra naturam emptionis est, si quid extra rem aut pretium; extra naturam locationis, si quid extra usum rei & mercedem dari aut fieri convenerit. Nam quod Papinianus in *d. l. pacta conventa, 72. ff. de cont. empt.* emptionis substantiam, id Ulpianus *d. l. 7. §. quinimo, 5. vers. idem, responsum, ff. hoc tit.* citans sententiam Papiniani, quæ ex *lib. 10. q.* relata est in *d. l. pacta conventa*, appellat contractus naturam.

7. Non male tamen alias natura contractus a contractus substantia distinguitur; quemadmodum & Interpretes vulgo contractuum naturalia a substantialibus secernunt. Naturalia enim recte appellabimus, quæ naturaliter insunt cuiusque contractus judicio, si de his nihil convenerit, *l. 11. §. 1. ff. de act. empt.* verbi causa, ut dicamus naturam emptionis & venditionis esse, ut simpliciter de evictione caveatur; depositi, ut dolus solus præstetur; commodati, ut præstetur & culpa & diligentia. Hæc enim est horum contractuum conditio, modus & jus, quod eorum naturæ lex tribuit, ut hoc explicat Paulus, *l. si unus, 27. §. 2. in fin. ff. hoc tit.* qui & alibi agens de pacto, quod ad mandati adminicula pertinet, ait id naturam mandati excedere *l. 5. §. penult. ff. de præscr. verb.* Cæterum quia hæ naturæ contractuum insunt tantum ex accidenti, & ideo adesse vel abesse possunt, salva substantia contractus, inde est, quod pacta, quæ de iis fiunt, extra naturam contractus fieri dicat Ulpianus, per naturam intelligens ipsam contractus substantiam, hoc est id, sine quo negotium consistere non potest: verbi gratia, emptio & venditio sine pretio, locatio & conductio sine mercede nullius momenti sunt, quia ex his substantia horum contractuum constat.

8. Quid ergo juris in iis pactis, quæ substantiam contractus attingunt? nimirum illa etiam ex intervallo interposita, rebus integris, insunt a parte agentis, actionemque contractus formant. Veluti si post emptionem perfectam, re tamen adhuc integra, id est, neque pretio dato, neque re tradita, convenerit de pretio augendo minuendove, l. 7. §. *adeo, 6. ff. hoc tit. d. l. pacta conventa, 72. ff. de contr. empt. l. 2. ff. de resc. vend.* Atque hanc regulam usque adeo veram esse scribit Ulpianus in *d. l. 7. §. adeo*, ut constet conventione postra facta ab emptione cæterisque bonæ fidei judiciis re nondum secuta abiri posse, *l. ab empt. 58. ff. hoc tit. l. 3. l. 5. §. 1. ff. de resc. vend. l. 1. C. quand. lic. ad empt. disc.* Atque hoc argumento, tanquam a majori ad minus, mox probat, etiam partem contractus pactione mutari posse, puta ut vel pars tantum vel venditæ aut locatæ vendita vel locata maneat, vel ut augeatur minuaturve pretium aut merces, *l. 2. ff. de resc. vend. d. l. pacta conventa, 72. ff. de cont. empt. l. si unus, 27. §. 2. vers. quod si non, hoc tit.* Quomodo vero hæc pacta insunt contractui, quæ novum contractum inducunt? Respondemus hisce pactis proprie non tam renovari contractum, quam reformari & repeti, id quod apud Ulpianum satis indicant notæ improprietatis, *quodammodo, quasi*. Hæc autem ea pacta sunt, quæ Græcis τὰ κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος συμφωνούμενα. Ulpiano quæ ex eodem sunt contractu, κατὰ [...] κατ' οὐσίαν, ex eodem contractu, ex substa[...]tractus.

9. Eorum autem pactorum, quæ con[...] substantiam contractuum adhibentur, eor[...] naturæ repugnant, quædam tanquam a[...] insuper habentur, & nullius momenti [...]vo contractu; veluti si convenerit in societate, ut ab ea non liceat recedere, *l. 14.* junct. *l. nulla, 70. ff. pro soc.* aut ut ad unum lucrum, ad alterum damnum pertineat, *l. si non fuerint 29. §. 2. eod.* in deposito aut precatio, ut non nisi post certum tempus repetatur, *l. 1. §. antepen. & pen. ff. dep. l. cum precario, 12. ff. de prec.* Quædam priorem contractum renovant, novæque conventionis jus ac nomen inducunt: veluti si in deposito, commodato, mandato convenerit, ut merces præstetur: hic enim ex deposito, commodato, mandato quæ natura sua gratuita sunt, efficietur locatio & conductio, *l. 1. §. si vestimenta, 8. ff. depos. l. 5. §. 2. ff. commod. l. polienda, 22. ff. de præscr. verb. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. obl. §. ult. Inst. mand.* Natura emptionis & venditionis est, ut pretium & merx inter se commutentur, locationis & conductionis, ut merces & usus rei: si convenerit, ne pretium aut merces detur, donatio est, non emptio aut locatio, *l. si quis, 38. ff. de contr. empt. l. si quis, 46. ff. locat.* Natura societatis est, ut uterque aliquid conferat: si convenerit, ut alter solus conferat, alter nihil; non societas, sed donatio est, *l. 5. §. ult. pro soc.*

10. Denique quædam pacta notam contractus, cui apponuntur, naturam egredientia, non tam contractum transformant, quam alterant: veluti si quis pecuniam hac lege deposuerit, ut depositario ea uti liceret, & ut præstaret usuras: hæc enim conventio licet excedat depositi modum, non tamen efficit, ut res in

in alium contractum abeat, *l. Lucius*, 24. *l. Publia*, 26. §. 1. *ff. depos.* add. Hotom. *illust.* q. 36. & 37. Cujac. 2. *obs.* 15. & *ed l.* 7. §. *quinimo*, 5. & *seq. ff. hoc tit.* Pac. Duar. & Baron. *ibid.* Barcholt. *cap. ult. de pact. n.* 56. & 57. Bachov. *cap. de pact. renovat.*

11. Explicemus nunc, quod hic locus omnino postulat, quando pactum in continenti contractui adjectum esse intelligatur. Ex continenti sive in continenti, unde Gallicum *incontinent*, locutio est Jurisconsultis familiaris, idem significans, quod sine ulla intermissione, e vestigio, illico, confestim, continuo, καὶ χρῆμα αὐθὶς, quibus opponuntur *postea*, *post tempus*, *ex intervallo*, κατὰ χρόνον. Eum, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc *confestim*, ait Ulp. in *l.* 3. §. *cum autem*, 9. *ff. de vi & vi arm.* & mox eundem, qui dejecit, permissum dejicere, non *ex intervallo*, sed *ex continenti*, quod Julianus in *l. qui possessionem*, 17. *ff. eod.* dicit *illico*, *in ipso congressu*. In *l. si usuras*, 21. *C. de usur.* in continenti dicitur facta numeratio, quæ pignoris dationem e vestigio secuta est. In *l. lecta*, 40. *ff. de reb. cred. l. si ita*, 135. §. *Seja*, 2. *ff. de verb. oblig. l.* 3. *C. de ædil. act.* pactum in continenti factum aut secutum, est pactum contractui continuo appositum, junctumque quasi negotii quadam continuatione.

12. Continens enim inter alia Latinis idem est, quod Græcis συνεχές. Continentia urbis appellamus ædificia urbi juncta & contigua. Unde Romæ etiam ea fieri intelliguntur, quæ in continentibus Romæ ædificiis fiunt, id est, in suburbiis, ἐν προαστείοις *i. ædificia*, 139. *l. mille passus*, 154. *l. collegarum*, 173. §. 1. *l. absentem*, 199. *ff. de ver. sign.* Qui in continentibus urbis nati sunt, Romæ nati intelliguntur, *l.* 147. *eod.* Sic continentes provincias veteres dicebant, quæ Italiæ conjunctæ sunt, ut Galliam & Siciliam Provinciam, quod Italiæ proxime cohærent nullo interjecto mari, *l. nationem*, 99. §. 1. *eod.* Cicero in epistolis partem Cappadociæ continentem cum Cilicia facit. Cæterum hæ voces, *ex continenti* vel *in continenti* pro re subjecta aliter atque aliter accipiuntur.

13. Interdum *in continenti* accipere debemus ἐν πλάτει cum modico spatio & laxamento aliquod temporis, quo arbitrio judicis sit definiendum, *l.* 1. §. *item si ita*, 8. *ff. ad leg. Falc. l. ratum*, 13. *ff. de solut.* Quemadmodum & Sicilia inter continentes provincias numeratur, eo quod modico tantum freto Italia dividitur, *d. l. nationem*, 99. §. 1. *de verb. sig.* In lege Julia de adulteriis coercendis, qua permissum patri filiam in adulterio deprehensam una cum adultero occidere, sed in continenti, *ut in continenti* sic acceptum est, ut si dum adulterum occidit, filia profugerit, patre non dissimulante, & interpositis horis apprehensa sit, & a patre, qui eam persequebatur, occisa, in continenti occisa videatur, *l. quod ait lex*, 23. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Interpositis horis, est μετὰ τινας ὥρας, post horas aliquot, ut Græci *lib.* 60. *Basilic. tit.* 37. Interdum & quod triduo post factum est, ex continenti factum intelligitur, ut in specie *l. ult. C. de err. adv.* ut & illico fieri, quod fit intra triduum proximum, ut in *l. ult. C. de judic.* In materia defensionum Græci interpretantur in continenti ἅμα σὺν αὐτῷ, ut ex Theodoro Hermopolite adnotavit Cujacius *lib.* 7. *Obs.* 18.

14. Pacta autem ex continenti fieri dicuntur quæ fiunt in ingressu contractus, *l.* 7. §. *quinimo*, 5. *ff. h. tit.* in ingressu, id est, initio contractus, *l. initio*, 5. *C. de pact. int. empt. l. contractus*, 23. *de reg. jur. l. si alienam*, *C. de fidejuss.* quæ ab initio fiunt *l.* 5. §. 2. *ff. com. med. l. Lucius*, 24. *ff. depos. in fin.* Græcis ἐν ἀρχῇ γινόμενα. Initium autem & ingressum non debemus intelligere primum contrahentium congressum de re aliqua tractate incipientium: nam quomodo pacta de re ad contractum pertinente fieri possunt, cum de re ipsa nihildum tractatum est, sed quæcumque ante tractantur & agitantur inter contrahentes, quibus efficitur, ut res tandem conveniat, de qua agi cœptum est, ea contractus initium recte appellamus, quia plenum in rem consensum antecedunt: item ingressum, quia sunt ejusmodi, per quæ ingredimur & pervenimus ad eum consensum. Neque enim verbi causa, ut primum aliqui de re emenda vendendaque tractare inter se cœperunt, ita continuo emptio inter eos contrahitur, sed longum sæpe tempus intercedit prius, quam de re conveniat, *l.* 8. *C. de resc. vend.* Qua ratione quæ in ingressu contractus fieri dicuntur, *d. l.* 7. §. *quinimo*, alibi dicuntur fieri tempore contractus, *l. pen. C. de pact. int. empt.* quia scilicet fiunt per id tempus, quo res geritur, seu in negotio gerendo, ut hoc expressit Ulpianus *l. pacisci*, 31. *ff. hoc tit.*

15. Quid ergo, an non etiam ea pacta in continenti fieri recte dicuntur, quæ negotio contracto mox sine ullo intervallo subjiciuntur? Et multi quidem hoc recte dici posse fatentur secundum verbi significationem, sed negant id posse intelligi in quæstione proposita, cum scilicet, *in continenti* & *postea* sive *ex intervallo*, opponuntur, & sane non sine speciosis admodum rationibus. Nam primum ea pacta in continenti fieri definit Ulp. *d. l.* 7. §. *quinimo*, quæ legem contractui dant, id est, quæ sunt moderamen & temperamentum quoddam contractus, sine quibus contractus initus non fuisset. At non alia pacta videntur legem contractui dare posse, quam quæ interponuntur antequam de re conveniat in negotio gerendo, cum adhuc contractus est in fieri, ut possit per pactum formari, ut loquitur Castrensis in *d. l.* 7. §. *quinimo*, Contractus autem jam perfectus & absolu-

solutus non potest eorum judicio aliam formam a pacto accipere; quia inter se pugnent, venditionem verbi causa contrahi simpliciter, & contrahi certa lege. Deinde in *l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* ajunt, non tantum scriptum esse, eam conventionem valere, quæ facta est initio venditionis: sed etiam additum nominatim, eam non valere ad agendum, quæ initio facta non sit. Neminem autem dicere posse pacta in ingressu aut initio contractus facta esse, quæ contractu jam perfecto secuta sunt: licet enim statim sequantur, fieri tamen postea, id est, post contractum negotium. Quamobrem etsi maxime non repugnat significationi verbi, ut dicamus etiam ea pacta in continenti adjici, quæ contractui jam perfecto e vestigio apponuntur; tamen non posse dici adjecta in ingressu, initio contractus; neque etiam in continenti ad hunc effectum, ut actionem contractus forment, legem contractui dent, eique insint & partem ejus constituant. Verum enim vero vix est, ut ego huic sententiæ acquiescere possim. Movet me in contrarium locus Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo*, ubi Jurisconsultus sic definit; siquidem pacta ex continenti subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insit; sin ex intervallo, non item. Nam his verbis, si quid ego video, satis aperte significat etiam ea pacta, quæ post contractum, dummodo sine intervallo, subjiciuntur, ex parte actoris inesse: ex adverso vero non inesse, si quid post contractum ex intervallo convenerit; quomodo & ipse postea hoc explicat. Et huic simile est, quod Imperatores in *l. 3. C. de ædil. act.* rescribunt, posse emptorem experiri secundum fidem non modo pacti antecedentis, verum etiam in continenti secuti: ubi palam est per pactum antecedens intelligi id, quod in ingressu sive initio aut tempore contractus interpositum est; in continenti secutum, quod mox contractui adjectum. Unde necessario consequitur, ea quoque pacta, quæ in continenti subjiciuntur contractui bonæ fidei ex parte actoris inesse, actionemque ex contractu descendentem formare, ejusque velut partem censeri *διὰ τὴν συνέχειαν*, & propter laxam benignamque horum contractuum naturam. Itaque quod dicitur in contractu aut initio contractus fieri, necesse non est sic præcise accipi, ut excludatur id, quod in continenti nullo alio actu interveniente subsequitur, & demum, quasi serio negotium bonæ fidei concludit. Nam & alias, quod statim perfecto negotio interponitur, veluti tutoris auctoritas, *l. si quis, 25. §. jussum, 4. ff. de acq. hær.* in ipso negotio interpositum dicitur, *l. obligari, 9. §. tutor, ff. de auct. tut.* eo quod *συνεχῶς*, continenter, & quasi calente adhuc negotio subsequitur, & sic etiam in solutione sive in re præsenti constituere dicitur, in quam causam solutum velit, qui statim atque solutum est, constituit, *l. 1. in fin. ff. de solut.* Neque huic interpretationi refragantur hæc verba Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo, ff. hoc tit. ea pacta insunt, quæ legem contractui dant; id est quæ in ingressu contractus facta sunt.* Nam particula, *id est*, hoc loco non est *ὁριστικῶς*, sed *παραδειγματικῶς*, non definit, sed declarat, quemadmodum passim exemplis deservire solet, uti observare licet in *l. si ex causa, 9. in fin. pr. ff. de minorib. l. 8. ff. de vulg. & pupill. subst. l. 3. §. cæterum, 12. ff. de acq. poss.* sexcentisque aliis locis, adeoque iterum in eadem illa *l. 7. §. pactorum, 8.* ibi, *id est, ne a L. Titio petam.* Perinde igitur verba ista accipienda sunt, ac si scriptum esset, *ea pacta insunt, quæ legem contractui dant, veluti quæ in ingressu contractus facta sunt.* Pacta quoque stipulationi in continenti subjecta stipulationi inesse responsum est, *l. lecta, 40. ff. de reb. cred.* sed nimirum, quod locus iste solummodo probat, ex parte rei; ex parte vero actoris in stipulationibus, quarum stricta est natura, tantundem dicere non ausim. Sed de eo postea ex professo.

CAPUT X.

An pacta in continenti adjecta contractibus stricti juris ex parte actoris similiter insint, ut bonæ fidei judiciis?

1. *Argumenta, quibus ostenditur, pacta, licet in continenti facta, non inesse strictis judiciis ex parte actoris.*
2. *Removetur objectio quædam ex* l. 1. §. quod vulgo, 25. de vi & de vi arm.
3. *Nullum locum in jure nostro occurrere, quo probari possit pactum mutuo aut stipulationi in continenti appositum actionem parere.*
4. *Cur usuræ in bonæ fidei judiciis ex pacto statim apposito debeantur, creditæ pecuniæ non item.*
5. *Confutatio argumentorum, quibus plerique probare conantur, pacta mutuo adjecta prodesse creditori ad actionem.*
6. *Respondetur ad argumentum ductum ex* l. traditionibus 48. hoc tit.
7. *Non recte ex* l. venditor. 13. comm. præd. *colligi, pacta ex continenti facta stipulationi inesse a parte stipulatoris.*
8. *Explicatur* l. petens. 27. C. hoc tit.
9. *Sententia* l. 4. §. ult. ff. hoc tit. & l. si ita quis, 135. §. 2. de verb. obl.
10. *Interpretatio* l. lecta, 40. de reb. cred.
11. *Omnis oratio, quantumvis generalis, de his tantum accipienda, de quibus actum est.*
12. *Conclusio & summa præcedentis disputationis.*

QUÆSTIO est agitata in Academiis, an quæ pacta in continenti subjiciantur contractibus stricti juris, ea perinde contractum, cui apponuntur, forment, prosintque actori ad actionem, in ea, quæ in continenti adjiciuntur contractibus bonæ fidei. Mihi verior semper:

per visa est sententia negantium, quam & amplexi sunt Cujac. *&* Bus. *ad l. 7. §. quinimo, 5. ff. hoc tit.* Alciat. & Donell. *ad l. in bonæ, 13. c. eod.* & novissime duo eximii Jurisconsulti Diod. Tuldenus, & Ant. Perezius *in tit. c. eod.* nec non Henr. Zoes. ad Pand. *eod. n. 51. & seq.*

1. Etenim persuadere mihi non possum frustra esse, quod veteres, cum pro regula tradunt, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim adsunt, in bonæ fidei judiciis, *d. l. 7. §. quinimo, l. in bonæ, 13. c. eod.* Quorsum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus in strictis judiciis non idem juris esse? Non licet hic dicere Jurisconsultum in *d. l. 7. §. quinimo, 5. & seq.* exempli dumtaxar causa mentionem facere judiciorum bonæ fidei, non quia aliud juris sit in judiciis strictis: quoniam cum variis exemplis rem illustret, nullum tamen profert, nisi judiciorum bonæ fidei. Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi, *l. mora 32. §. 2. ff. de usur.* hoc significari constat, deberi in his [illegible] judiciis tantum; non etiam in judiciis stri[illegible]: quippe in quibus non debentur, nisi in [illegible]ionem deductæ, *l. Titius, 24. ff. de præsc.* [illegible] *l. 3. c. de usur.* Similiter cum dicunt C[illegible]ulti exceptiones pacti & doli inesse bonæ fide[illegible]diciis, *l. 5. ff. de resc. vend. l. sed & si*, [illegible] *fin. ff. sol. matr.* Hoc eos dicere in[illegible], in his solum inesse, in strictis non item: quoniam in strictis exceptiones non veniunt, nisi nominatim contestatæ, *l. si quidem, 9. l. ult. c. de except.* Denique supervacuum & ineptum esset de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur.

2. Plane non nego interdum de certis rebus nominatim aliquid pronunciare, quod tamen tanquam παραδειγματικῶς prolatum, etiam de rebus aliis accipi oporteat: veluti quod vulgo dicit. Jurisconsultus in *l. 1. §. quod vulgo, 25. ff. de vi & vi arm.* scribit, saltuum hibernorum æstivorumque retinere nos animo possessionem. Id enim ait exempli tantum causa Proculum dixisse: ceterum idem esse in prædiis omnibus, ex quibus non hac mente recedimus, ut possessionem omittamus. Sed quod hæc definitio concepta sit de saltibus hibernis & æstivis, hoc eam rationem habet, quia eos certis temporibus relinquere solemus, *l. 3. §. saltus 11. ff. de acq. poss.* quod in aliis prædiis ita fieri non solet. Eadem tamen omnium ratio est, quod attinet ad possessionem animo retinendam: cum judiciorum bonæ fidei & stricti juris in re proposita ratio longe sit diversa.

3. Postremo nullus in libris nostri locus occurrit, quo probari possit, pactum mutuo aut stipulationi quantumvis in continenti appositum, actionem parere, contractibus istis legem dare, actionemve eorum formare, ita his inesse, ut ex eo aut ex contractu, cui apponitur, agi possit ad id, quod pacto comprehensum est, augere aut extendere verborum aut pecuniæ creditæ obligationem. Proponamus me stipulatum esse fundum dari, & deinde convenisse in continenti, ut ad fundum accederet familia rustica aut boves aratorii; nam pactum stipulationi apponi non potest, nisi post responsionem; cum id quod verbis ipsis continetur, pars sit stipulationis. Ajo familiam rusticam bovesque aratorios neque ex pacto neque ex stipulatu peti posse; ut pactum factum sit statim & subjectum stipulationi. Ratio est, quia natura stipulationis hæc est, ut quoniam verbis, non solo consensu fit, pro omisso habeatur, quidquid palam verbis non est expressum, *l. quicquid, 99. ff. de verb. oblig.* Similiter si tibi centum dedero mutuo, & in dando hanc legem adjecerim, ut præter centum mihi redderes & alia quinque; nihil agitur hoc pacto. Dices hoc pactum ideo non valere, quia de re obligatio contrahi non potest ultra quam datum, *l. si tibi, 17. pr. ff. hoc tit.*

4. Sed cur pacto in continenti adjecto non idem hic efficitur, quod interposita stipulatione? Usuræ in bonæ fidei judiciis etiam ex pacto statim apposito debentur, *l. cum quidam, 17. §. ex locato 4. ff. de usur. l. 5. c. de pact. int. empt.* creditæ pecuniæ non item *l. 3. c. de usur.* Cur tam varie? An quia usuræ odiosæ? At hac ratione efficeretur, ut ne in bonæ fidei quidem judiciis usuræ ex pacto peti possent, per *l. quod si locus, 11. ff. de religios. l. 7. de serv. export.* & quid si convenerit, ut usuræ unciæ duntaxat, aut sextantes præstentur? Denique non a favore vel odio, sed ex eo, quod pacta vel insunt, vel non insunt, quæstionis hujus decisio petenda: fieri enim non potest, quin ubi pactum contractui inest, partemque ejus constituit, ex ratione juris actio quoque ex eo contractu ad petendum quod pacto comprehensum est, competat. Non alia igitur hic quærenda ratio, quam quæ a Paulo redditur *lib. 2. sent. 14.* scilicet quia ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur. Quibus verbis manifeste significat, nulla pacta mutuo adiecta inesse ex parte actoris, sive prodesse ad actionem, utpote quæ in partem hujus contractus transire nequeant; & ideo effectu manere nuda. Contractuum vero bonæ fidei alia ratio est, & eorum maxime, qui solo consensu constant, ita & omnem consensum, tanquam naturæ suæ convenientem admittunt: ac de his potissimum hic agi exempla declarant. Occurrunt quidem & exempla pactorum, quæ in contractibus bonæ fidei, qui re perficiuntur, interposita & ipsa his contractibus insint; cæterum præter exemplum de usuris in deposito irregulari, *l. Lucius, 24. ff. depos.* non alia quam quæ circa præstationes horum contractuum fiunt; veluti ut in deposito culpa quoque præstetur, ut in commodato aut pignore dolus duntaxat, aut præter dolum & culpam etiam ca-

casus fortuitus, *l.* 1. §. *si convenit*, 6. *ff. depos. l.* 5. §. 2. *ff. commod. l.* 1. *Cod. eod. l. quæ fortuitis*, 6. *C. de pign. act.* cujusmodi tamen pactis locus esse non potest in mutuo. Argumentorum, quibus hæc sententia oppugnatur, & contraria adstruitur, magna est copia, cæterum vix unum & alterum, quod stringat. Congessit ea Joh. Gœddæus *tract. de contr. & commit. stipul. c.* 8. *concl.* 2. ubi magno molimine conatur probare etiam in contractibus strictis pacta ex continenti facta inesse a parte actoris, actionemque verbi causa ex stipulatu aut condictionem certi formare: quæ & DD. communis est opinio, probata quoque Hotomanno *illustr. q.* 36. *&* 1. *amicab. resp. c.* 31. Duareno & Ant. Fabro in *l.* 7. §. *quinimo*, 5. *ff. hoc tit.*

5. Primum videbimus, an ita se res habeat in mutuo. Affertur hic pro firmamento istius assertionis textus in *l.* 3. *ff. de reb. cred.* ubi Pomponius ait, in mutuo etsi cautum non sit, ut æque bonum reddatur, tamen non licere debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere. Ex quo colligunt, si hoc cautum fit & tale pactum mutuo adjectum, id ex parte creditoris inesse, eique prodesse ad actionem. Ridicule. Nihil enim illa cautio addit mutuo: quippe cum ut res eadem bonitate reddatur, qua data est, naturæ ipsius mutui insit citra ullam aliam conventionem, ut ipse Pomponius hoc explicat, ait Gœddæus posse mutuum contrahi cum pacto depositi, idque probari existimat per *l. quod si*, 10. *ff. de reb. cred.* ubi tamen inversus casus proponitur; nempe pecuniæ depositæ sub lege mutui, ut liceret depositario, si velit, ea uti. Sed ponamus me tibi centum mutuo dedisse ea lege adjecta, ut si non utaris, sint apud te deposita: nihil hoc ad præsentem disputationem pertinet: nam ex hujusmodi pacto non novam induit mutuum qualitatem, non formatur actio, non extenditur obligatio pecuniæ creditæ, nec ob id agi potest ex mutuo, ut vel utatur debitor pecunia, vel eam habeat apud se depositam: sed si, quod ei liberum, utatur, mutuum erit, si non utatur, depositum. Non majoris ponderis est argumentum petitum ex *l. aut mutua*, 6. *ff. de eo quod cert. loc.* posse nimirum me pecuniam mutuo dare ea lege, ut solvatur certo loco: nam hoc pacto non extenditur actio, sed potius restringitur, & hoc efficitur, ut ne debitor possit alibi conveniri. Utique non ea est hujus pactionis vis, ut quis actione aliqua compelli possit ad solutionem illo loco faciendam.

6. At enim generaliter, ajunt, definitum est, in traditionibus rerum, quodcumque pactum sit, id valere, *l. in traditionibus* 48. *hoc tit.* Ergo valet, inquiunt, & pactum quodvis adjectum mutuo. Respondeo cum Bachovio, id non aliter procedere, quam si datio & traditio sit irrevocabilis; cujusmodi est in iis, quæ constituunt contractum innominatum. Cum enim rem meam in alium pleno jure transfero, æquissimum est, ut rem accipienti eam, quam velim, legem dicam, eaque firme custodiatur. Deinde procedere hoc in dationibus & factis informibus, & quibus ipsa pacta adjecta dant formam: quod item accidit in contractibus innominatis, quia a pacto dationi adjecto formam accipiunt. Male itaque dicta regula applicatur pactis, quæ apponuntur contractibus formam certam a jure habentibus, & præterea dationem traditionemve revocabilem, aut talem utique, pro qua aliud æquivalens præstetur: quibus ut pacta quævis utiliter apponi admittamus, ratio juris civilis non patitur. Finge mutuum mihi hac lege datum esse, ut curem negotia creditoris, ut tabulam ei pingam, ut pro eo Romam eam, non existimo hia pactis me firmiter obstringi; maxime cum mutuum natura sua sit gratuitum, & hujusmodi pacta in fraudem legum de usuris fieri possint. Nec dubito, quin falsa sit sententia Ant. Fabri in *l.* 7. §. *quinimo*, 5. *ff. hoc tit.* affirmantis omnibus hisce casibus actionem præscriptis verbis competere quasi ex contractu do ut facias. Nam ubi pecunia non ita mihi datur, ut mea perpetuo maneat, ibi dici non potest esse contractum do ut facias. Si commodato talem legem adjecero, ut commodatarius tabulam mihi pingeret, numquid ridiculum esset, mihi ex tali pacto actionem concedi? Denique tota hæc disputatio est de pactis actionem ipsius contractus, cui apponuntur, formantibus & extendentibus, eamque ipsam porrigentibus etiam ad id, quod pacto comprehensum est.

7. Sed fortasse procedit ista opinio in pactis adjectis stipulationi. Urgent hic Hotomannus & Gœddæus verba Ulpiani in *l. venditor*, 13. *ff. comm. præd. personæ possidentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur*, quasi his verbis id significaret Jurisconsultus, obligari possidentes per pactionem stipulationi aut venditioni adjectam. Atqui species ipsa illic proposita hanc interpretationem non patitur: nam unus tantum casus proponitur de venditore fundi dante legem alii fundo, quem retinebat. Itaque quod subjicitur, possidentium personas obligari per stipulationis vel venditionis legem: id non eum sensum habet, quem Hotomannus & Gœddæus putant, sed hunc, obligari eos per stipulationem vel pactionem venditioni adjectam, sive per legem stipulatione vel pacto venditioni datam. Non enim pacto solum, sed etiam stipulato statim contractui adjecta lex dicitur, *l. legem*, 9. *C. de donat.* Cujac. 8. *ad African. in l.* 24. *ff. de præscr. verb.*

8. Mirifice autem sententiam suam juvari putant rescripto Imperatorum in *l. potens*, 25. *C. hoc tit.* nam illic ita scriptum est: *Petens ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta est, seu antecessit pactum, sive post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam po-*

stu-

ftulat. Hic Hotomanus, quid aliud est, inquit, petentem ex stipulatione, quæ pactum antecessit, audiendum esse, nisi actionem ex stipulatione, cui pactum in continenti subjectum est, competere? Denique ad actionem procurandam nihil interesse, utrum ante, an post stipulatio facta sit. Sed non videtur Hotomannus satis pensiculate rescriptum illud examinasse. Verba ipsa ostendunt agi illic de eo casu, quo quid petitur ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta sit, sive de stipulatione facta pacti confirmandi gratia. Et hic ajunt Imperatores nihil referre, utrum pactum præcesserit, an post statim interpositum sit. Prima facie hæc inter se pugnare videntur: quomodo enim fieri potest, ut stipulatio sequatur pacti ejus servandi causa, quod ipsum demum post stipulationem interponatur? Et certum est eodem sensu ac ratione utrumque simul statui non posse: at diversis rationibus potest. Nam quæ stipulatio præcedit tempore vel scriptura, ea nihilominus recte dicitur sequi, nempe natura & intellectu, ut bene Cujac. 10. *obs.* 24. Donel. *ad hanc l.* 27. *C. de pact.* Quippe in concipiendo pacto & stipulatione, de quibus agitur, duplex ordo est; naturalis unus, quem sibi proponit mens & cogitatio contrahentium; alter scripturæ, quo duo ista in instrumento scribuntur. Ordine naturæ stipulatio omnis, quæ adhibetur pacti servandi causa, semper sequitur: prius enim est, ut fit pactum, quam ut firmetur stipulatione. At scripturæ ordo inverti potest, ut incipiatur a stipulatione hoc modo: *Quæ infra scripta sunt, ea sibi dari fieri stipulatus est Publius Mævius, spopondit Lucius Titius. Quæ autem inter se pepigerunt, ea sunt, quæ sequuntur*, &c. Hoc vero cum sit, locus est huic rescripto. Et nimis igitur temere Hotomannus pronunciat, ineptissime in hoc rescripto legi *secuta*, pro *facta*. Quod autem exigunt Imperatores, ut pactum statim post stipulationem interponatur, id non exigunt propter stipulationem, sed propter pacta quæ sequuntur, ut sciatur, utrum ad præcedentem stipulationem pertineant, nec ne.

9. Ad hæc non leve momentum ad sententiæ suæ confirmationem reperisse se existimant in *l.* 4. §. *ult. ff. hoc tit.* & *l. si ita quis*, 135. §. 2. *ff. de verb. obl.* Sed neque in his locis cur aliquid præsidii sibi positum putent, justam causam habent. Nam quod ad *d. l.* 4. §. *ult. ff. hoc titul.* attinet, sive casum ita formemus, ut ponamus stipulationem sortis & usurarum præcessisse, ac mox huic stipulationi pactum subjectum de non petenda sorte, donec usuræ solverentur; sive cum Accursio dicamus præcessisse conventionem, quam secuta sit stipulatio, in qua tamen præcedens conventio repetita videatur, juxta *l. Titia*, 134. §. 1. *ff. de verb. oblig.* neutrum efficit, quod volunt. Nam nec ulla hic quæstio est, an pacta detrahentia a parte rei insint, eoque ipso jure defensionem pariant in continenti stipulationi adjecta, quale proponitur in *d. l.* 4. §. *ult.* sed an pacta adjicientia & augentia obligationem insint a parte auctoris, eique prosint ad actionem: nec ille casus huc pertinet, cum non pactum stipulationi, sed stipulatio pacto subjicitur. Atque ad hanc eandem rationem frustra quoque sibi opem quærunt in responso Jurisconsulti in *d. l. si ita*, 135. §. 2. *ff. de verb. oblig.* quippe cum nec in specie illic proposita conventio pertineat ad obligationem acquirendam augendamve, sed duntaxat ad temperandam conditionem stipulationis; atque hanc solummodo vim habeat, ut non possit aut Titius hortos, aut Seja pecuniam ante diem petere.

10. Unus maxime locus sententiæ eorum opitulari videtur, nempe *l. lecta*, 40. *ff. de reb. cred.* Nam etsi Paulus illo loco non hoc dicit, pacta in continenti stipulationis facta ad actionem prodesse (nihil enim hoc ad quæstionem illic propositam pertinet, cum agat ille de eo pacto, quod pactus erat creditor, non ut peteret, sed contra ne peteret solidam sortem, quæ prius ex stipulatione debebatur, quod genus pacti ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest) tamen hoc etiam admittere nos oportet, Paulum, cum ait pacta in continenti adjecta stipulationi inesse, eo dicto nihil aliud significare, quam pacta in continenti facta ex stipulatione, esse partem stipulationis, denique stipulatione contineri; quod intelligetur ex quæstione illi proposita. Promissa erat sors tota Calendis cum usuris totius sortis. Pactum secutum est ex continenti ut sors non jam tota solveretur Calendis, sed particulatim constitutis certis pensionibus in singulos menses. De usuris quærebatur, an si tota sors ex conventione soluta non esset Calendis, nihilominus totius sortis usuræ deberentur. In hac quæstione ut efficiat Paulus totius sortis usuras non deberi, sed ejus tantum pensionis, quam solvi oportuit, propositum illi est ostendere superiore pacto recessum esse a stipulatione sortis, non per exceptionem, ut quidam putabant, sed ipso jure, quasi eo pacto renovata sit præcedens stipulatio, id est, quasi secundum hoc pactum stipulatio sortis ab initio fuerit concepta. Utitur hoc argumento, quod hoc pactum stipulationi inesse videatur. Ex quo intelligitur Paulum hoc dicere, pacta in continenti facta stipulatione contineri. Hoc autem si verum est, consequens est contra quam dicebamus, si quod pactum in continenti secutum est stipulationem, actionem eo nomine nasci ex stipulatione; quandoquidem ex stipulatu actio competit de iis rebus, quæ stipulatione continentur. De quo ut jam respondeam, non nego hoc ipsum significari a Paulo, si quis generalitatem dicti sequi velit, non mentem intueri & sententiam scriptoris: sed verbum generis restringendum est ad id, de quo illic est sermo, & di-

dictum ita accipiendum, pacta, nempe talia, quale hoc est, de quo nunc agitur id est, quæ fiunt de ea re, quæ in stipulationem deducta est, ea pacta si in continenti seu e vestigio sequantur stipulationem, stipulatione contineri videntur. Quo declarat per ea ita renovatam videri stipulationem, ac si in verba eorum a principio stipulatio esset concepta: id enim fieret, si ea stipulatione continerentur. Quod si pactum erit de alia re, quam quæ in stipulationem deducta est, haud dubie non continebitur illud stipulatione: nam quomodo contineri potest, quod verbis stipulationis non est comprehensum? *l. quidquid 99. ff. de verb. oblig.* Neque hæc inter se pugnant. Multum enim interest, utrum obligationi quid detrahas, ut in specie Paulo proposita factum est, an aliquid adjicias; & in re, quam adjicis, utrum conditio sit aut dies, aliave qualitas, an vero sit res & corpus novum, quod amplius promittas. Conditionem stipulationis mutare possumus, manente stipulationis substantia, quæ ex re promissa constat, dummodo diversitas illico placuerit, *l. 1. §. 3. d. t.* Novam autem stipulationem constituere, aliam atque aliam rem promittendo sine verbis, id est, sine interrogatione & responsione non possumus.

11. Hæc interpretatio ex mente Pauli defendenda est, quia placet orationem omnem, quantum vis generalem de his tantum accipiendam esse, de quibus actum est, ut innumeris locis ostendi potest *l. qui cum, 9. §. ult. ff. de transact. l. si de certa, 31. C. eod. l. de eo, 12. §. ff. ad exhib. l. ingenuum, 25. de stat. hom. l. si procurator, 35. ff. de acq. rer. dom. §. fratris, 3. Inst. de nups.* Quidam putant pactum in superiore specie prodesse etiam creditori ad actionem, nimirum ad petendas pensiones singulas earumque sua die non solutarum usuras. Sed male. Nam creditur, qui totius sortis actionem ex stipulatione habuit, utique habuit & singularum partium actionem: itaque hanc ex pacto non desiderat. Non potest pactum hic propositum per rerum naturam proficere creditori ad aliquid petendum: quomodo enim posset actio esse ex ex conventione, quæ non ad obligandum promissorem interposita, sed ad liberandum; non ut quid detur, quod prius dari non debuit, sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur? Tantum quæstio erat, an pacto isto etiam a stipulatione usurarum recessum esset, solutio quoque usurarum dilata ac divisa. Si verba spectamus, non videtur, si vim ac potestatem, contra. Nam cum ita paciscendo sortis solutionem distulerit & diviserit creditor, consequens omnino est, ut etiam divisisse intelligatur solutione usurarum.

12. Ut summatim dicam, quæcunque pacta fiunt de eadem re, quæ stipulatione comprehensa est, sive hæc detrahant aliquid de summa præcedente, sive detrahant stipulationi diem aut conditionem, sive hæc duo stipulationi adjiciant, omnia sunt hujusmodi, ut si in continenti, id est, statim & sine intervallo stipulationi subjiciantur, recte dicantur stipulationi inesse: atque his pactis ita renovatur ipso jure stipulatio, ut quod pacto detrahitur, perinde fit, quasi nec in stipulationem venisset, sive summa detrahatur, sive dies aut conditio: cum autem dies aut conditio adjicitur, ut perinde sit, ac si a principio hoc stipulatione comprehensum esset. Intelligi autem debet omnia hæc pacta esse hujusmodi, ut his aliquid detrahatur de comprehensione stipulationis; nam & tunc, cum dies aut conditio adjicitur, revera aliquid detrahitur stipulationi, scilicet totum illud medium tempus, quod diem aut conditionis eventum antecedit; cum alioqui statim pecunia peti potuisset. Hoc intellecto recte dicemus pacta omissa stipulationi ipso jure detrahere; seu efficere, ut quod in his ex continenti factis stipulationi detrahitur, nec deductum in stipulationem videatur, detracto sine intervallo consensu, quamvis verbis manentibus. Quod si pacta obligationi adjicient, id est, de alia re præstanda facta erunt, quam de ea, quæ stipulatione continetur, hæc ita stipulationi inesse non possunt, ut his subjectis ex stipulatione agi posse, *arg. l. quidquid 99. ff. de verb. obl.* Hæc ferme summa est eorum, quæ in hanc sententiam fuse disputantur a Donello in *d. l. lecta, 40. ff. de reb. cred. n. 23. & seqq.* add. Cujac. *in l. si ita, 135. ff. de verb. oblig.*

CAPUT XI.

Quænam actio detur ad petendum id, quod pacto in bonæ fidei contractu interposito cautum?

1. *Ex pacto in bonæ fidei contractu interposito non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cui appositum.*
2. *Refelluntur Baldus & Duarenus, qui etiam præscriptis verbis dari existimant.*
3. *Species* l. Labeo, 50. de contr. empt.
4. *Baldi & Duareni sententiam juvari* l. 6. resc. vendit. & l. 2. Cod. de pact. int. empt.
5. *Cum recipi nequeat eorum opinio, qui putant particulam* vel, *in* d. l. 2. *esse correctoriam.*
6. *Ex pactis, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur, actionem & ex contractu dari, & præscriptis verbis.*
7. *Falsum esse ostenditur, quod quidam existimant non posse ex negotio competere duplicem actionem, quarum una sit bonæ fidei, altera stricti juris.*
8. *Movetur difficultas* ex l. 4. de leg. commiss. & l. 16. de in diem addict.
9. *Bachovium, dum hinc se expedire conatur, subtilem agere.*

10. Non

10. *Non pugnare* d. l. 4. & d. l. 16. *cum sententia tradita n. 6.*

1. QUÆ hic nostra sit sententia, ex iis, quæ superioribus capitibus disseruimus, facile intelligi potest. Diximus illa pacta duntaxat inesse quæ conveniunt naturæ contractus, quæve pertinent ad præstationes ejus & adminicula; atque hæc in continenti facta actionem bonæ fidei contractus formare, eamque extendere etiam ad petendum id, quod pacto cautum est. Et igitur hic ex contractu agitur, neque alia actio ex his pactis danda videtur, quam ejus in contractus, cujus in continenti apposita sunt. Nam quod Baldus in *l. 7. §. quinimo, hoc tit. n. 4.* & Duarenus *ibid.* duas ex hujusmodi pactis actiones competere volunt, alteram informatam per pactum, quæ sit ipsius contractus; alteram præscriptis verbis, quæ nascatur immediate ex pacto, id mihi neutiquam probari potest.

2. Est enim constanter traditum, ubi actiones usitatæ & nominatæ competunt, non esse locum actioni præscriptis verbis, sed ad hanc demum decurri illis deficientibus *l. 1. l. 2. l. 3. ff. de præscr. verb.* itaque si, verbi causa, tibi vendiderim partem insulæ, ut partem alteram conductam in aliquot annos haberes, aut insulam vendiderim, ut alteram reficeres, aut vendiderim prædium ita ut usuras, propter quas eras obligarum, penderem, cum ex omnibus his pactis actio sit ex vendito aut empto, *l. fundi, 79. ff. de contr. empt. l. 6. §. 1. ff. de act. empt. l. ex conventione, 1. l. C. hoc tit.* actio propria contractus, cui inserta sunt, præscriptis verbis ex his non dabitur, idemque de cæteris contractibus bonæ fidei, quorum in continenti pacta facta sunt, dicere licebit. Atque hoc certo quoque colligitur ex verbis Ulpiani in *d. l. 7. §. quinimo, 5. hoc tit.* Nam si pacta ex continenti interposita hactenus solum operantur, quatenus contractui insunt & formant actionem ex contractu descendentem, non poterit ex his competere actio præscriptis verbis; quippe cum externus non insint, nec actionem forment: quatenus enim insunt, partem faciunt contractus, cui apponuntur. Et actio præscriptis verbis est actio nova, quam producere non alia ratione hæc pacta possunt, quam quatenus & ipsa constituerent contractum innominatum, ut ipsi contractus formari pro dationibus & factis haberentur, quod absurdum est, eoque posito quævis etiam pacta utilia forent, quod itidem ineptum esse supra demonstravimus.

3. Nihil pro dissentientibus facit *l. Labeo, 56 ff. de contr. empt.* Nam ut recte Bachovius animadvertit, non agitur illic de pacto aliquo venditioni puræ adjecto, sed de venditione contracta sub conditione, quod etiam locus ipse satis ostendit. Proponitur bibliotheca vendita sub hac conditione, si decuriones Campani locum emptori vendidissent, in quo eam poneret. In hac specie si per decuriones Campanos non stet, quo minus conditio impleatur, Labeo actionem præscriptis verbis dat, ad id videlicet, ut emptor aut impleat conditionem, aut venditori præstet, quod ejus interest conditionem impleri. Ulpianus autem dat etiam ex vendito ad petendum pretium, tanquam purificata conditione, eo quod per emptorem stabat, quo minus impleretur.

4. Præcipue vero moti videntur Baldus, & alii *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend. l. 6. ff. de rescind. vend.* quarum in altera proponitur fundus hac lege venditus, ut venditori quandoque pretium referenti restitueretur; in altera, si res quæ venit, intra certum tempus displicuisset, redderetur; atque utroque casu conceditur vel actio ex empto, vel in factum præscriptis verbis.

5. Hic ergo probare non possum, quod a quibusdam respondetur ad *l. 2. C. de pact. int. empt.* particulam *vel* eo loco non disjungere, sed corrigere: nimirum verba hæc Imperatoris Alexandri, *actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur*, non ita esse accipienda, quasi hic duas actiones Imperator concederet, quarum alterutra venditor pro arbitrio uti posset: sed posteriorem duntaxat ex vendito. Hoc pueri credant: viris autem id persuaderi posse non existimo. Apud Paulum Alexandri consiliarium in *d. l. 6. ff. de resc. vend.* converso modo scriptum est duas actiones ex pacto illic proposito & emptioni adjecto competere, ex empto, aut proximam empti in factum. Quid ergo hic respondebunt? Si quis dixerit particulam *aut* apud Paulum simili modo esse correctoriam, non ἀπὸ τοῦ ... is solam admiserit actionem in factum præscriptis verbis, non ex empto: sin minus, fateatur utramque in specie Paulo proposita competere. Apud Pomponium ex sententia Celsi relatum est, si jusserim liberum hominem, qui bona fide mihi serviebat, aliquid facere, vel mandati cum eo, vel præscriptis verbis experiri me posse *l. is, qui, 13. §. 2. comm.* Quod si hic particula *vel* corrigendi vim habet, præscriptis verbis duntaxat, non etiam mandati experiri potero.

6. Quid ergo dicimus? nimirum in prædictis locis proponi casus singulares, & pacta ejusmodi, quæ tendunt ad dissolutionem contractus, cui adjiciuntur; quod cum sit, apud veteres fit dubitatum, an etiam actio ex contractu danda esset: exempli causa, an etiam de eo pacto actio ex vendito danda, quod venditionis distrahendæ gratia appositum est, nam certo jure jam olim admissa hic fuit actio præscriptis verbis, *l. si vir uxori, 12. ff. de præscr. verb.* & placuit tandem etiam ex vendito agi posse, ita tamen, ut & altera adhuc manserit, atque in arbitrio paciscentis jam sit, utra in hujusmodi casibus experiri velit.

C 2   7. Quod

7. Quod vero quidam existimant ne his quidem casibus cum actione ex contractu concurrere posse actionem præscriptis verbis, neque fieri unquam posse, ut ex eodem negotio & actio, verbi causa, ex vendito detur, & actio præscriptis verbis, proprerea quod illa bonæ fidei, hæc stricti juris sit, id ego falsum esse non dubito. Nihil enim impedit, quo minus ex causa emptionis, locationis, mandati, societatis, tutelæ, negotiorum gestorum utar condictione certi, quæ stricti juris est *l.* 3. §. 1. *l.* 9. *pr.* & §. 3. *ff. de reb. cred. l. in duobus*, 28. §. *exceptio*, 4. *ff. de jurejur.* quamvis etiam ex empto, locato, &c. agere possim. De commodato, deposito, pignore idem dicendum est, *l.* 4. §. 1. & *d. l.* 9. §. 3. *ff. de reb. cred.* Et est extra pecuniam numerandam hic etiam locus condictioni triticiariæ, *l.* 1. *ff. de cond. tritic.* Nulla autem condictio proprie dicta, nempe qua aliquem nobis dare oportere intendimus, actio est bonæ fidei. Et quidni debitor soluto debito pignus condicere queat condictione sine causa? *l.* 4. §. 1. *ff. de reb. cred.* Sic in specie *l.* 2. *ff. de cond. sine caus.* locati actio cum condictione sine causa concurrit in *l. ex empto*, 11. §. *is qui vina*, 6. *ff. de act. empt.* actio ex empto cum eadem condictione sine causa.

8. Sed hic nobis occurritur ex *l.* 4. *ff. de leg. commiss.* & *l. Imperator.* 16. *ff. de in diem addict.* quibus & ipsis locis de iis pactis agitur, quæ spectant ad dissolutionem contractus, cui applicantur; & tamen non alia actio illic conceditur, quam ejus contractus, in quo sunt interposita. Etsi autem hoc sententiam nostram juvat, quatenus defendimus ex pactis in continenti adjectis non aliam actionem dari, quam ejus contractus, cujus in continenti facta sunt; tamen alia parte nobis adversatur, quatenus dicimus ex pactis resolutoriis, quæve tendant ad contractus, cui apponuntur, rescissionem, utramque actionem competere, & præscriptis in factum verbis, & eam, quæ fit ex contractu. Hic

Pauci, quos æquus amovit
Jupiter &c.

expedire se potuerunt.

9. Bachovius Jurisconsultus subtilissimus, non tamen tam suæ sententiæ adstructor, quam destructor alienæ, existimat esse iterum aliquid singulare in casibus, qui referuntur *d. l.* 16. *ff. de in diem add.* & *d. l.* 4. *ff. de leg. commiss.* propter quod ex istis pactis, utut resolutoriis, una duntaxat actio, eaque ex contractu, cui sunt apposita, detur non etiam præscriptis verbis: & nimirum ideo, quia actio præscriptis verbis non datur, nisi in id, quod interest impletum esse, de quo convenit: cui consequens fit, ubi potestate legis impletur, quod in conventionem deductum est, ibi cessare actionem præscriptis verbis; idque evenire in lege commissoria & addictione in diem, si pecunia sua die soluta non sit aut melior sit allata conditio; utpote quibus casibus ipso jure, & sine ulla actione contractis resolvitur *l.* 1. *l.* 5. *ff. de leg. commiss. l.* 2. *pr. l.* 4. §. 3. *l.* 9. *ff. de in diem addict.* Quod si porro quis objiciat, resoluto ipso jure contractu, ne actioni quidem contractus locum esse posse, respondet hanc quidem rationem fuisse dubitandi, quasi dominio ipso jure ad venditorem reverso res vindicanda sit: obtinuisse tamen, ut actio contractus daretur; quia utique semel intercessit & intermedio tempore vere subsistit: & maxime ob præstationes personales, quæ in judicium vindicationis commode venire non possunt.

10. Cæterum etsi hæc a viro ingenioso subtiliter disputantur; mihi tamen longe verisimilius esse videtur, quod veteres etiam in casibus *d. l.* 4. *ff. de leg. commiss.* & *d. l. Imperat.* 16. *ff. de in diem addict.* & similibus ad rescindendam venditionem pertinentibus, tantum admiserint actionem præscriptis verbis. Patet hoc ex *l. si vir uxori*, 12. *ff. de præscr. verb.* cujus responsi auctor est Proculus, vetus juris conditor. Neque difficilis est ad *d. l.* 4. & *ad d. l.* 16. responsio; nempe etsi quidam existimaverint, etiam ex vendito istis casibus agi posse, & secundum eos quæstio decisa sit rescriptis Imperatorum Antonini & Severi, *d. l.* 4. nihilominus tamen mansisse adhuc actionem præscriptis verbis, quæ certo jure jam antea dabatur. Atque hujus rei certissimum argumentum est, quod & Paulus in *d. l.* 6. *ff. de rescr. vend.* & Alexander in *d. l.* 2. *C. de pact. in emp.* & *vend.* postquam jamdiu quæstio decisa esset ab Antonino & Severo, utramque actionem nihilominus concesserint: ut existimare liceat non illud quæsitum fuisse, an prædictis casibus ex vendito tantum agi oporteret, sed an posset etiam agi ex vendito, cum certo jure agi posset præscriptis verbis, *consent.* Don. *in d. l.* 2. *C. de pact. int. empt.* Zoes. ad Pand. *hoc tit. n.* 64. Tota autem hæc & superiorum aliquot capitum disputatio hodie supervacua & plane inutilis est; nam cum hodiernis moribus pactorum omnium deliberate initorum non minor sit vis & efficacia, quam quæ stipulationis jure Romanorum fuit, consequens est, nec minorem eorum esse vim, quæ ex intervallo, quam eorum, quæ in continenti facta sunt; nec quicquam referre contractibus stricti juris, an bonæ fidei, sive ex continenti, sive ex intervallo apponantur: denique superfluum nunc esse quærere, qua actione petendum, quod pacto comprehensum est.

CAPUT XII.

De Pactis tacitis.

1. *Illata & invecta in prædium urbanum, pignori*

gnori esse locatori, quasi id tacite convenerit; in rusticis prædiis contra observari, & quare.

2. *Explicatio* l. 3. in quib. cauf. pign. tac. contr. & l. 4. §. 1. eod.
3. *Sententiam Justiniani in* §. item Serviana. Inst. de actionib. *a Theophilo recte expressam.*
4. *Locus Ulpiani in* l. 14. §. 1. de relig. & sumpt. fun. *explanatur.*
5. *Non cohærere* §. 1. l. 7. in quib. cauf. pign. tac. *cum principio.*
6. *Quid novi constituerit Justinianus* l. ult. C. in quib. cauf. pign. tac.
7. *An ad obligationem illatorum in prædium rusticum sufficiat illata esse voluntate domini, cum examine* l. 5. C. de locat.
8. *An tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas ille inscio curatore in ædes conductas intulit.*
9. *An lex taciti pignoris locum habeat & in libris a studiosis impertitis,*
10. *Qui chirographum debitori reddit, tacite pactus intelligitur, ne petat, & consequenter etiam pignus remisisse.*
11. *Pignoris redditi non eadem ratio, & quare.*
12. *Reddito pignore an & quando obligatio pignoris remissa videatur.*
13. *Quid juris si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus.*
14. *Refertur communis DD. sententia, asserentium etiam unius ex pluribus ejusdem debiti chirographis redditione censeri obligationem remissam, eorumque argumenta.*
15. *Refellitur hæc sententia, & argumentis a Bartolo adductis occurritur.*
16. *Respondetur plenissime ad singula argumenta prolata a Bachovio.*

SATIS jam contemplationibus Academicis indultum est: quæ porro sequuntur, ea non minus in foro, quam in scholis usum habent, & ubivis locorum etiam praxim exercentibus hodieque utilia sunt. In paciscendo nulla desideratur solemnitas, sed sufficit quocunque modo paciscentes consentire vel expresse sermone, & tractatu inter præsentes habito, aut per epistolam nuntiumve inter absentes; vel tacite nullo tractatu habito *l. 2. hoc tit.* Hinc nata pactorum hæc divisio, quod quædam sint expressa, quædam tacita. Pactum expressum est, quo aut verbis aut per epistolam nunciumve voluntas paciscentium significatur: tacitum, cum nihil eorum intervenit: cujus eadem tamen vis est, quæ expressi, *l. 2. & 2. seqq. ff. hoc tit.* Tacita conventio sive consensus tacitus vel lege tantum præsumitur intervenisse, habetque locum etiam in iis, qui nihil tale cogitant; quomodo invecta & illata in prædium urbanum, nata in fundo, quasi ex tacito pacto pignori sunt locatori: quæ species tacitæ conventionis obligatoria est: vel re & facto aliquo consensus declaratur, veluti redditione chirographi aut instrumenti pignoris, &c. quod genus taciti pacti liberatorium est.

1. De priore in genere ita jus est, ut quæ in prædia urbana inducta & illata sunt ab inquilinis, ea pignori sint locatori, quasi id tacite convenerit, *l. 4. ff. hoc tit. l. 2. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* in prædiis rusticis, ut dominus fundi locati in fructibus, qui ibi nascuntur, tacitum pignus quasi ex conventione habeat, *l. in prædiis 7. ff. eod. tit. l. 3. C. eod.* illata autem & importata a colono non aliter pignoris jure teneantur, quam si id nominatim convenerit, *d. l. 4. ff. eod. l. 5. C. eod. l. 5. C. de locat. §. 3. Inst. de interdict.* Hujus autem differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant enim in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta & illata, *l. servus, 61. §. locavi, 8. ff. de furt.* Quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transit, & pro dicto habitum, sicubi dictum non esset, ut eleganter Cujac. *ad d. l. 4. ff. hoc tit.* add. Donell. *c. 4. de pign.* Bachov. *1. de pign. 11.* Tulden. in *C. in quib. caus. pign. tac. n. 3.* Perez. *ibid. n. 2. & 7.* Garz. *ad l. 5. C. de locat.* Christin. *vol. 3. dec. 110.* Ergo in iis, quæ colonus in fundum conductum invexit aut intulit, locator quasi ex tacita conventione jus pignoris non habet; sed ad hoc opus est conventione expressa.

2. Nec est contrarium, quod Ulpianus in *l. 3. ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* ex auctoritate Neratii respondet, etiam in invectis illatis in horreum conductum, vel diversorium, vel aream, tacitam de pignore conventionem locum habere. Loquitur enim Ulpianus de horreo seorsum conducto ad reponendas merces aut res alias, qualia quæ nostratibus *Packhuysen*: nam si fundus conductus sit, horreum pars fundi intelligitur, *l. fundi, 211. ff. de verb. sign.* Neque per aream intelligit agrum partemve fundi, sed locum in oppido aut pago ædificiis vacuum, sive planitiem, quæ circumspecta idonea sit, ad cæmenta, lateres, calcem, trabes, asseres, & hujusmodi alia reponenda & asservanda. Diversoria autem & stabula, aliaque meritoria etiam in villis & vicis, teste ipso Neratio: in causa tacti pignoris, a prædiis urbanis non differunt, *d. l. 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. tac. add. l. urbana, 198. ff. de verb. sign.*

3. Quod autem Justinianus scribit §. *item Serviana, 7. Inst. de action.* actione Serviana experiri locatorem de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercede fundi ei tenentur, id non hanc habet sententiam, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere. Nam ut bene Mysingerus, relativum *quæ* illic non demonstrat, sed distinguit. In paraphrasi Græca clare rem sic expressit Theophilus,

ἐμισθώσω παρ' ἐμοῦ τὸν ἀγρόν, καὶ γέγονάς μοι μισθωτής, &c. εἰσήγαγες δὲ ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ καὶ πράγματά τινα, οἷον ἵππους, βοῦς, &c. πακτεύσας ἀσήμως ταῦτα ὑποκεῖσθαι λόγῳ τοῦ μισθώματος. *Conduxisti*, inquit, *a me fundum, & factus es mihi colonus*, &c. *Induxisti autem in eum fundum & res quasdam, veluti equos, boves*, &c. *pactus ut hæ mihi mercedis nomine obligarentur*.

4. Nonnihil autem negotii facit, quod apud Ulpianum ex Pomponio relatum est l. *etsi quis*, 14. §. 1. *de relig. & sumpt. fun.* mortuo colono vel inquilino, si non sit unde mortuus funeretur, ex invectis illatis eum funerandum, & si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri. Non potes hic respondere cum Bachovio *l. 1. de pign. c.* 11. *n.* 4. non eam esse Ulpiani sententiam, quod invecta illata a colono vere pignori sint obligata; sed hanc, quod instar pignoris superfluum pro debita pensione retineri potest, eodem nimirum sensu, quo alibi idem Jurisconsultus ait, posse venditorem, emptore pretium non offerente, quasi pignus retinere rem, quam vendidit. *l. Julianus*, 13. §. *offerri*, 8. *de act. empt.* & Paulus, *l. creditoris*, 15. §. *ult. ff. de furt.* commodatarium ob impensas in rem commodatam factas habere retentionem, quasi pignoris loco ea res sit. Etenim verba illa Ulpiani, *si quid superfluum remanserit, hoc pro debita portione tenetur*, non magis ad colonum, quam ad inquilinum pertinet, a quo illata & invecta constat pro mercede pignoris nexum subire. Deinde non alius retentionem rei habere potest, nisi qui & eam detineat; qui in proposito non est locator, sed hæres conductoris, cui & cura funeris incumbit. Denique non dicit Ulpianus, posse superfluum quasi pignus retineri, sed superfluum pro debita pensione teneri, quo verbo significatur obligatio, *l.* 6. *l.* 9. *ff in quib. caus. pign. tac. l. grege legato*, 13. *pr. ff. de pign.* & passim alibi, atque hoc innuit Jurisconsultus etiam tacito pignori impensam funeris præfecti, utpote quæ omne creditum præcedere soleat, cum bona solvenda non sunt, *l. pen. ff. de relig. & sumpt. fun.* Rectius dixerimus ponendos esse terminos habiles, nempe eum in colono casum, quo de illatis, ut pignori essent, expressim, ut & assolet, *l. potior*, 11. §. 2. *ff. qui pot. in pign.* convenit.

5. Illud bene notat Bachovius, paragraphum primum *l.* 7. *ff. in quib. caus. pign. tac.* non cohærere cum principio: sed illic determinari, quænam ex illatis & invectis pro mercede ædium conductarum teneantur: idque magis placet, quam quod Petezius existimat, locum accipiendum esse de eo casu, quo expresse placuit illata quoque & invecta in fundum pignoris jure teneri.

6. Minime autem movere nos debet constitutio Justiniani in *l. ult. C. in quib. caus. pign. tac.* quippe qua constitutione tacita conventio de illatis & inductis non porrigitur ad illata inducta in prædium rusticum, sed jus taciti pignoris in invectis & illatis in prædium urbanum, quod antea quibusdam in locis duntaxat obtinebat, producitur ad omnes provincias. Itaque τὸ ἐν ἀρχῇ λαμβάνει, qui argumento hujus loci conetur probare non minus in prædiis rusticis, quam in urbanis legem de tacita hypotheca inductorum & invectorum habere locum.

7. Veterum interpretum sententia est, in urbanum quidem prædium illata indistincte pignori esse, etiamsi neque pactio intercesserit, neque sciverit locator illata esse: in rusticis autem prædiis, expressa quidem conventione opus non esse ad illatorum obligationem, cæterum ut ea pignoris nomine teneantur, sufficere si voluntate domini illata sint; quod nec ipsum exigatur in illatis in prædium urbanum. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l. certi juris*, 5. *C. de locat.* ibi, *quæ voluntate dominorum coloni induxerint*, &c. Sed cum novum non sit, ut voluntatis nomine adsignificetur expressa conventio, uti apud Marcianum in *l. Pomponius*, 5. §. 1. *ff. in quib. caus. pig. tac.* & apud Justinianum *l. ult. C. de novat.* ubi voluntate, id est, expressa conventione dicitur fieri novatio; satius est ex mente auctorum juris, verba illa, *voluntate dominorum*, accipere pro pactione & conventione. Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini quid inferatur, nisi simul ut pignori illud sit, pactio aliqua inter dominum & colonum intercedat? Sed & voluntate domini illata sic recte accipi possunt, cum Donell. *de pign. c.* 4. si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui enim hanc legem locationi dat, vi ipsa & per consequentiam pacisci intelligitur, ut quæ ex pactione importabuntur, pignori nexa sint. Græci, πάντα ὅσα οἱ μισθωτοὶ εἰσάγουσι εἰς τὸν οἶκον τοῦ μισθωθέντος αὐτοῖς ἀγροῦ βουλομένου τοῦ δεσπότου, ὑπόκειται ταῦτα ἐπὶ τῷ μισθώματι, ἐπὶ δὲ οἴκου μισθωθέντος, καὶ ἀγνοοῦντος τοῦ δεσπότου εἴτινα εἰσενεχθῶσιν, ὑπόκειται, i. e. *Quæcunque coloni domino volente in domum locati fundi inferunt, ea pignoris jure pro mercede tenentur; quæ vero in ædes conductas inferuntur, ea pignori sunt, etiamsi importata sint domino ignorante*, in eandem, ut videtur, sententiam. Cæterum superior DD. opinio in praxi prævalere dicitur, & proinde juxta illam DD. opinionem, & juxta usum fori, vaccæ, boves, oves, cæteræque pecudes, quæ pascuntur in agris & pascuis conductis, pignori sunt locatori, si sciente illo fuerint immissæ.

8. Porro ex iis, quæ sunt dicta supra, satis patet tacitum hoc pignus, quod locator habet in illatis invectis in prædium urbanum, non esse vere & proprie, aut totum legale, seu quod ab ipsa lege constituitur; sed esse ex tacita conventione, quam lex præsumit ex facto illationis. Unde quæsitum est, an tacito hoc pignore etiam afficiantur res minoris 25. annis, quas

quas ille sine curatoris consensu in ædes conductas intulit. Et si quidem hoc esset pignus mere legale, id est, & citra ullam conventionem de pignore sola potestate legis induceretur, nullum hic esset privilegium minoris, quia lex operatur sine respectu personarum, unde bona minoris cum fisco contrahentis, *l. 2. ff. de reb. cur. qui sub. tut.* item uxorem ducentis obligatur: quia istæ hypothecæ sunt pure legales, ut recte Gloss. & Cyn. *in l. ult. C. de leg. tut.* (quamquam hic dissentit Costalius in *l. 4. ff. h. t.* falso asseverans Bartolum sibi in hac re assentire in *d. l.* 4. & in *si constante*, 24. *ff. solut. matr.*) Sed quoniam hypotheca, de qua agimus, non tota legalis est, sed magis conventionalis, nascens ex præsumptione tacitæ conventionis, ut apparet ex *d. l. 4. ff. h. t. l. 4. l. 6. ff. in quib. caus. pign. tac. l. 3. l. ult. C. eod.* dixerim res a minore illatas sine curatoris auctoritate non teneri: quoniam minor jus oppignorandi non habet. Ita Costal. post DD. *comm. in d. l. 4. ff. hoc tit. & in d. l. si constante*, 24. *ff. solut. matr.* Sichard. *ad l. 5. Cod. de locat. n.* 11. Bachov. *t. d. pign.* 11. diss. Negus. *p. 2. membr. 4. n. 54. & ibi alleg.* Treutl. *disp. de pignorib. thes.* 4. Christin. *col. 3. decis.* 110.

9. Sed quid si studiosus (intellige, qui major sit 25. annis) cubiculum aut partem ædium conduxerit; an & libri, quos illo intulit, legem taciti pignoris sequentur? Et Schineidevvinus post Jasonem & Zasium in §. *item Serviana*, 7. *Inst. de action.* Bachov. *lib. 1. de pign. c.* 11. negant sequi, idque duplici potissimum argumento. Primum petitum est a simili, quia, inquiunt, quemadmodum instrumenta rustica in fundum illata a colono obligata non sunt domino fundi, propterea quod iis fundus colitur *l. 7 l. 8. C. quæ res pign. oblig.* ita nec libri studiosorum in Museum conductum illati domino ædium jus pignoris tribuere debent, quia iis mens colitur. Alterum sumptum est a natura hypothecæ generalis, qua non continentur ea, quæ verisimile non est quemquam specialiter obligaturum fuisse, *l. 6. §. 2. & seqq. ff. de pign.* At generalis, inquiunt. hypothecæ naturam sequitur hypotheca illatorum; nec verisimile est studiosum libros suos specialiter obligaturum fuisse. Sed tamen praxim apud nos, & in omnibus fere Academiis est in contrarium. Nec obstant rationes allatæ. Non enim ideo instrumenta rustica in fundum illata a nexu taciti pignoris libera sunt, quia iis fundus colitur; sed quia nec in aliis a colono illatis inductisve jus pignoris citra conventionem habere locatorem placet; utpote cui satis cautum fructibus, qui in fundo nascuntur. Nec valet etiam ratio, quam afferunt ex *l. 6. ff. de pign.* Nam studiosi suppellex pene omnis est in libris posita, ut verisimile non sit studiosum tacite ex tacito supellectilis pignore voluisse excipere supellectilem librariam, præter quam vix aliam habet. Nemo autem negat etiam in iis, quæ a studioso illata sunt, tacitum pignus esse. Sed nec procedit argumentum a pignore generali ad pignus illatorum & invectorum; si quidem inter invecta & illata supellex quoque contineri intelligitur, *l. in prædiis*, 7. §. 1. *in quib. caus. pign. tac.* contra quam in pignore generali *d. l. 6. ff. de pign.* Per. *in Cod. tit. in quib. caus. pign. tac.* Sed nimis longe digredimur. Alterum genus pacti taciti erat, cum ipsi paciscentes facto aliquo consensum declarant.

10. Hujus generis exemplum elegans est, si creditor debitori chirographum reddiderit, tacite enim pactus videtur, ne petat, & debitum remisisse, *l. 2. §. 1. ff. hoc tit. fac. l. 3. §. 1. ff. de lib. leg. l. qui chirographum*, 59. *ff. de legat.* 3. Et consequenter etiam pignus, si quod intervenerit, hic remissum intelligi debet, *arg. l. in omnibus* 43. *ff. de solut. l. 7. C. de remiss. pign.* sicut & cum expresse paciscor, ne debitum petam, pignoris obligatio per exceptionem tollitur, quæ sententia est *l. si tibi*, 17. §. 2. *ff. hoc tit.* ut adeo hoc quoque sit exemplum taciti pacti, quo pignus remittitur. Nec obstat *l. si chirograph.* 24. *ff. de probat.* quoniam ex cancellatione chirographi non oritur exceptio taciti pacti, sed præsumptio solutionis; contra quam tamen probationes manifestæ audiuntur: sicut procul dubio creditor quoque audiendus erit, paratus probare se ob aliam causam chirographum reddidisse.

11. Pignoris redditi non eadem ratio *l. 3. ff. hoc tit.* quippe chirographo ipsa principalis obligatio continetur *l. servum filii* 44. §. *eum qui* 5. *ff. de legat. 1. l. qui chirographum*, 59. *ff. de legat. 3. l. 1. C. de donat.* At obligatio pignoris a debito principali separata est, atque hujus quædam παρένθεσιν seu accessio duntaxat: *nov. 4. l. in omnibus* 43. *de sol.* ut præsumi non debeat eum, qui pignus tantum reddidit, cogitasse simul de remittendo ipso debito.

12. Simili ratione conventio fidejussoris non continuo prodest reo *l. 23. hoc tit.* quamvis rei conventio etiam fidejussori prosit, *l. 21. eod. in fin.* Cujac. *ad d. l. 2. eod.* Plane reddito pignore quin pignoris obligatio remissa intelligi debeat, nullus dubitat, *arg. l. 1. §. 1. ff. de lib. leg.* Cæterum ita hic distinguendum arbitror: Si instrumentum, quo pignoris obligatio conscripta & constituta est, redditum sit, obligatio pignoris omnino remissa censeri debet, per *d. l. 7. C. de remiss. pign.* At si creditor ipsam rem pignoratam, quam possidebat, reddat debitori, hic refert, ultro & simpliciter reddat, nec dicat, in quem finem; an reddat debitori petenti ad certum usum. Priore casu videtur eo animo reddidisse, ut vinculum pignoris remitteret: nam vox reddendi significationem retro dandi habet, ut eo loco res sit, quo prius fuit, *l. verbum*, 94. *ff. de verb. sign.* atque in dubio censetur ultro & simpliciter reddidisse, *fac. l. cum de*

causa, 9. *C. de remiss. pign.* Posteriore casu, ubi constat creditorem debitori petenti reddidisse rem pignoratam in aliquem usum, non intelligitur pignoris vinculum dissolutum esse: siquidem pignus cum precario conceditur, remanet obligatum, *l. cum & sortis*, 31. §. 1. *ff. de pign. act. l. qui pignoris*, 36. *ff. de acq. poss.* Bus. *ad l.* 2. *ff. h. t.* Bachov. *ad hunc tit. in secunda divis. pact.* Illa igitur ratio, quæ vulgo affertur, quod ideo ex chirographi redditione tacitum de non petendo pactum colligatur, quia chirographi nullus usus est: pignore autem reddito non item, quoniam eo debitor uti potest, etsi momentum aliquod habet; non est tamen adæquata.

13. Quid si instrumento, quod redditum est, alius quoque sit obligatus? Puta soli ei, cui redditum est, ex tacito pacto acquiri exceptionem: nam neque cum altero quicquam actum est, neque is, cui redditum, quicquam nomine ejus egit, & ut egisset, tamen alteri paciscendo exceptionem quærere non potuit, *l. si tibi*, 17. §. 4. *ff. hoc tit. l. stipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *de verb. obl.* utique si nihil paciscentis intersit alterius quoque obligationem dissolvi, *l. heredi*, 21. §. *ult. l. fidejussoris*, 23. *h. t.* nec excipimus duos debendi reos, nisi & socii sint. Bartolus eo amplius existimat ei, cui instrumentum redditum est, etiam donatas intelligi actiones adversus alterum, eumque procuratorem constitutum in rem suam. At enim cum donatio non facile præsumatur, nisi eum alia quaecunque conjectura deficiamur, aut alias actus inutilis foret (quod in proposita specie non accidit) non immerito hæc sententia aliis displicuit. Æquius enim & benignius est hoc factum sic interpretari ut is, cui obligatio reddita est, censeatur pro sua quidem parte liberatus, pro parte vero altera exigendi tantum nominis gratia procurator a creditore constitutus. Duarenus & Bus. *ad d. l.* 2. *ff. h. t.* Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 143. Antonius Faber *Cod. forens. defin.* 6. Abbas Panormitan. *in cap. Ecclesia, ut lit. pend.* ubi tamen prudenter monet in hac quæstione recurrendum esse ad conjecturas pro varietate circumstantiarum. Est enim hæc quæstio facti potius, quam juris: & ideo non tam ad Jurisconsultum, qui nihil certi hic definire potest, pertinet, quam ad judicem, qui de facto cognoscit, & circumstantias in singulis causis examinat. Quid enim dicemus, si creditor sit admodum dives, debitor autem, cui cautio reddita, inops, eique arcta necessitudine conjunctus? Aut contra, quid si debitor forte miles sit, aut mulier, aut minor 25. annis? Bachov. 2. *div. pact. n.* 6. etiam hoc ipsum absurdum esse contendit, quod dicimus in casu proposito mandatam videri adversus tertium nominis actionem: sed non esse absurdum argumento est, quod traditio instrumenti sicut inducit probationem rei traditæ, ita & mandatarum actionum, *l.* 1. *C. de donat. l. Mævia*, 49. *ff. solut. matr. l. serviunt filii*, 44. §. 5. & 6. *ff. de legat.* 1. Quid si ejusdem debiti plura sint apud eundem creditorem chirographa, an vel unius redditione censebitur obligatio remissa? Ajunt Bart. Bald. Castr. Jas. *in d. l.* 2. *h. t.* Menoch. *d. præs.* 140.

14. Moventur hac ratione, quia unum tantum est instrumentum, quamvis pluribus tabulis conscriptum per *l.* 24. *qui test. fac.* & quia tabulis restitutis non scriptum, sed contentum restitutum intelligitur, arg. *d. l.* 2. §. 1. *h. t. l.* 59. *de leg.* 3. *l.* 1. *C. de don.* Atque hanc sententiam Bachovius *d.* 2. *div. pact. n.* 7. ex professo tuetur. Argumenta, quibus eam probare conatur, quinque fere affert. Primum petitum est ex *l. veterib.* 39. *h. t.* ubi Papinianus ait, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam ei nocere, in cujus potestate fuit legem apertius conscribere, unde infert creditori imputandum esse, quod non apertius egerit, cum contra eum sit præsumptio juris. Secundum argumentum est, quia humanior est sententia, quæ favet liberationi. Tertium, quia generalis est definitio, *d. l.* 2. §. 1. *eod.* Quartum, quoniam nullus alius redditionis chirographi in dubio intelligi potest, quam debiti remissio. Quintum, quia si unum ex duobus chirographis debitori legatum esset, liberatio legata censeretur.

15. Cæterum hanc sententiam improbant Duar. Fort. Garz. Paul. Bus. *in d. l.* 2. §. 1. excepto si id actum fuisse appareat, veluti si tabulæ non simpliciter redditæ, sed aut donatæ sint, aut legatæ debitori. Et sanerationes a Bartolo & aliis adductæ tales sunt, ut pro creditore retorqueri possint in debitorem, nec minus creditori quam debitori faveant. Nam ut alii pro debitore sic ratiocinantur; Unum instrumentum est, licet pluribus exemplis descriptum, verum est igitur redditum esse: ita contra debitorem pro creditore hoc telum retorqueri potest; Unum instrumentum est: atqui hoc a creditore retentum: igitur non est redditum. Sed nec illud simpliciter verum est, quod ajunt unum tantum esse instrumentum. Unus quidem est contractus, aut una obligatio; at plures tamen cautiones hic esse aut plura instrumenta dici possunt. Quod si contraria sententia admittatur, magna occasio præbebitur improbis hominibus fallendi bonos creditores suos: quippe in proclivi est duo chirographa ejusdem argumenti conscribere, quorum alterum tradatur creditori: alterum a debitore retineatur, ut si quando, ex eo, quod traditum est, conveniatur, proferat retentum, dicatque illud sibi redditum esse a creditore: atque ita fenestra aperietur fraudibus. Censent igitur Duar. Garz. & Busius, unius chirographi redditione non debere intelligi factam esse debiti remissionem, nisi id actum esse probetur. Quod si id doceri non possit, potius actori, quam reo, juramentum deferendum, quo affirmet chirographum a se redditum non esse animo remittendæ obligationis: quibus & nos subscribimus: facit-

que

que huc bonus textus in *l. ult. de his quæ in test. del.*

16. Supereſt, ut reſpondeamus argumentis Bachovii. Ajo igitur, quod in *l. veteribus*, 39. *hoc tit.* de interpretatione pacti obſcuri aut ambigui traditum eſt, non eſſe temere trahendum ad ea pacta, quæ tacite ex facto aliquo colliguntur, ad hoc ut donatio interveniſſe præſumatur etiam eo caſu, ubi alius iſtius facti finis dari poteſt. Vel frivola cauſa excludere debet donationis præſumptionem, cum nemo facile præſumatur ſuum jactare aut effundere velle, *l. cum indebito, pr. de probat.* & ibi DD. Jaſon. *l. 3. hoc tit.* Cyn. Bald. & DD. *in l. 3. C. de non num. pec.* Idemque ad ſecundum argumentum reſponſum eſto; nempe non uſque eo liberationi indulgendum, præſertim ubi conſtat de præcedente obligatione, ut quis ſine cauſa ſuum perdere voluiſſe præſumi debeat; donare enim, perdere eſt, *d. l. cum de indebito*, 25. *de prob. l. 7. pr. de donat.* Ad tertium, definitionem *d. l.* 2. §. 1. reſtringendam eſſe ad eam ſpeciem, ubi una duntaxat cautio expoſita, & eadem reddita eſt. Ad quartum reſpondeo, cum creditor unum duntaxat e duobus ejuſdem debiti chirographis, quæ habet, debitori reddit, non continuo credendum eſſe, voluiſſe eum debitum remittere, cum alius hujus redditionis finis eſſe poſſit, qui potius præſumendus ſit; nimirum ideo id factum eſſe, quia ex altero, quod retinuit, debitum ſatis probari poſſit, ut ſupervacuum videatur utrumque retinere. Et cur quæſo ſi animum remittendi debiti creditor habet, non utrumque reſtituit, ſed alterum retinet? Actus agentium, ut vulgo dicitur, non operantur ultra eorum intentionem, *l. non omnis*, 19. *de reb. cred.* Adde & hunc finem, ne videatur creditor utroque chirographo retento aliquid malitioſe velle machinari adverſus debitorem. Ad quintum, loqui nos de eo caſu, cum quis unum e duobus chirographis reddit ſimpliciter, nec id ſe donare profitetur. Legare, eſt donare, *l. 36. de legat.* 2. §. 1. *Inſt. eod.* Nec dubium eſt, quin quemadmodum donatis, ſic etiam legatis tabulis, nomen ipſum ſeu debitum donatum legatumque intelligatur.

CAPUT XIII.

De pactis in rem & in perſonam, deque eorum vi ac poteſtate.

1. *Quid ſit pactum in rem, quid in perſonam.*
2. *Pacta in rem quibus proſint.*
3. *Species* l. 17. §. 4. hoc tit.
4. *Pacta in perſonam, non egrediuntur perſonam ejus, cui facta ſunt.*
5. *Jure noviſſimo pactum rei, quantumvis perſonale, etiam fidejuſſori prodeſſe.*
6. *Unde æſtimandum, utrum pactum in rem ſit, an in perſonam.*

PRÆTEREA pactorum alia in rem ſunt, alia in perſonam *l. 7. §. pactorum*, 8. *h. tit.* quæ diviſio ab effectu ſumpta eſt. Sunt, qui ratione materiæ ſic diſtingui pacta exiſtimant: ſed errore perſpicuo labuntur: ſiquidem perſonæ non poſſunt eſſe objectum pactionis.

1. Pacta in rem ſunt, quoties generaliter paciſcor, ne petam. In perſonam, quoties ne a perſona petam, puta a L. Titio *d. l. 7. §. pactorum*. Mos loquendi veterum juris auctorum eſt ut quod generaliter & ſine perſonæ deſignatione fit, id in rem fieri ab ipſis dicatur. Sic actiones exceptioneſque in rem ſcriptas, interdicta in rem concepta, nuntiationem operis novi in rem fieri legimus, *l. metum*, 9. §. *ult. quod met. cauſ. l. 2. §. 1. l. 4. §. pen. de dol. mal. exc. l. 1. §. pen. de interdict. l. operis*, 10. *de op. nov. nunt.* Cum igitur quis generaliter paciſcitur, ne petat, nec perſonam nominat, a qua petiturus non ſit, in rem pactum dicitur conceptum eſſe. In perſonam vero, cum exprimitur certa perſona. Nec inutilis eſt hujus dictionis cognitio. Nam quæ pacta in rem concepta ſunt, ea omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutam eſſe paciſcentis intereſt, *l. & hered.* 21. §. *ult. hoc tit.*

2. Itaque pactum reale debitoris proficit & fidejuſſori, quoties debitori pecuniariter intereſt, ut fidejuſſori quoque proſit; ſcilicet quando fidejuſſor ejus nomine, quod pro reo ſolverit, mandati aut negotiorum geſtorum actionem cum eo habet. Quibus autem caſibus fidejuſſori adverſus debitorem regreſſus non datur, veluti ſi donandi animo fidejuſſerit, aut pro invito & vetante, pactum rei fidejuſſori non prodeſt, *d. l. & hæred.* §. *ult.* junct. *l. quod dictum*, 32. *eod. l. ſi pro te*, 40. *mandat.* nempe quia rei nihil hic intereſt a fidejuſſore non peti. Eademque ratione nec pactum fidejuſſoris generale prodeſt reo principali, aut confidejuſſori, qui ſocius non eſt: ſcilicet quia nihil fidejuſſoris principaliter intereſt, a quoquam eorum non peti, cum nullam adverſus eum nomine ejus, quod ſolverint, actionem habeant, *l. ſi fidejuſſoris*, 23. *hoc tit. l. 39. de fidejuſſ.* Proſunt porro pacta in rem & heredibus noſtris, *l. tale pactum*, 40. *eod. l. ſi pactum*, 9. *de probat.* atque ut proſint, etiam noſtra ſemper intereſſe intelligitur, crediturque unuſquiſque eo eſſe animo, ut non minus heredibus ſuis, quam ſibi proſpectum velit *d. l. 9. de probat.*

3. Non obſtat *lex* 17. §. 4. *hoc tit.* quoniam illic exemplum proponitur pacti perſonalis, ſi quis paciſcatur, ne a ſe, neve a Titio petatur, & ratio Juriſconſulti eo tantum pertinet, ut ſignificet ei, qui non ut heres adjectus eſt, etiamſi poſtea heres extiterit, tale pactum non prodeſſe, nec ex poſt facto confirmati,

mari, quod ab initio in persona adjecti non consistit.

4. Pacta autem in personam concepta ejus, cui facta sunt, personam non egrediuntur, *l. idem in duobus*, 25. §. 1. *eod.* qua de causa nec heredibus prosunt, *d. l.* 25. §. 1. *d. l.* 17. §. 3. & 4. *eod.* nec fidejussori *l. nisi hoc*, 22. *eod.* quanquam vix est, ut hoc procedat jure novissimo. Jure veteri creditor electionem habebat a reo vel a fidejussore petendi, poteratque hunc etiam ante illum convenire, *l.* 5. *l. si alienam.* 19. *C. de fidejuss.* neque hoc jus conveniendi fidejussorem omisso reo, pacto personali sibi adimebat.

5. At jure novo fieri non potest, quin pactum rei, licet personale, fidejussori quoque prosit. Nam cum hoc jure *Nov.* 4. c. 1. unde *auth. praesente*, *C. de fidejuss.* reum principalem prius conveniri atque excuti necesse sit, quam ad fidejussores veniatur, nec ante cum his effectum agi queat, quam si suum creditor a debitore consequi non possit: hoc beneficium ordinis & excussioni fidejussori jure publico datum, pactione debitoris ei auferri non potest. Itaque nunc etiam pacto personali cum debitore facto juvabitur fidejussor, nisi ipse beneficio suo ultro renunciaverit, quod facere potest, *l. pen. C. de pact.* Cujac. *in d. l. & heredi*, 21. *h. tit.* Borcho 1. *de pact.* c. 2. *in tertia divis. n.* 4. *diff.* Jul. Pac.

6. Utrum autem pactum in rem sit, an in personam, non tam ex verbis, quam ex mente paciscentium aestimandum est: adeoque in dubio, quantumvis persona adjecta sit, in rem tamen esse praesumitur, quia plerumque persona pacto inseri solet, non ut pactum personale fiat, sed duntaxat ut demonstretur, cum quo pactum factum sit, *l.* 7. §. *pactorum*, 8. *h. t.*

CAPUT XIV.

Qui cum quibus pacisci possunt.

1. *Furiosi nullum omnino negotium gerere possunt.*
2. *Ratum habetur, quod gestum ante furorem aut in furoris intermissione.*
3. *Mente captorum & ebriorum eadem, quae furiosorum ratio.*
4. *Prodigi & furiosi dissimilitudo.*
5. *Quibus rebus dispar conditio prodigi & minoris 25. annis.*
6. *Ipsone jure prodigo bonis interdicatur, an decreto magistratus.*
7. *Quid per verba ipso jure in* l. 1. de cur. fur. *significet Jurisconsultus.*
8. *In his, quae animo & affectu geruntur infans vix distat a furioso.*
9. *Comparatio infantis & infantiae proximi.*
10. *Comparatio infantiae proximi & proximi pubertati.*
11. *Pupillum pubertati proximum ex conventione sua naturaliter obligari, etiamsi locupletior factus non sit.*
12. *Quo sensu nostri dicant, pupillum sine auctoritate tutoris contrahentem ne naturaliter quidem obligari.*
13. *Puberes minores 25. annis, curatorem habentes, sine consensu ejus, jure civili non obligantur.*
14. *Confutatio sententiae contrariae.*
15. *Exponitur* l. obligari, 43. de obl. & act.
16. *Consideratio auctoris circa* l. puberes, 101. de verb. oblig.

PACISCI possunt omnes, qui consentire & jure gentium se obligare possunt. Igitur & mutus, *l.* 4. §. 1. *h. t.* & surdus, *l.* 48. *d. O. & A.* & deportatus *l. sunt quidam* 17. §. 1. *de poen. l.* 15. *de interdict. & releg.* & filiusfam. ut sibi praejudicet, *l. & haeredi*, 21. §. 3. & 4. *l. in personam*, 30. *hoc tit.* & servus ex persona sua, ut naturaliter obligetur & obliget, *l.* 14. *de obl. & act.* Removentur autem hinc furiosi, mente capti, ebrii, infantes.

1. Furiosum nullum negotium gerere aut contrahere posse natura manifestum est, *l.* 1. §. *furiosus*, 12. *de obl. & act. l. si a reo*, 70. §. 4. *de fidejuss. l.* 5. *de reg. jur.* quia expers est voluntatis & mentis, *l. furios.* 40. *eod. tit. l.* 2. *C. de contr. empt.* est enim furor mentis ad omnia caecitas. Cic. 3. *Tuscul.* unde furiosus per omnia & in omnibus absentis, quiescentis, dormientis & ignorantis loco habetur, *l.* 2. §. *pen. de jur. codicill. l. ubi non voce*, 124. §. 3. *t. de reg. jur. l.* 1. §. 3. *de acq. poss. l.* 4. *de divort. & repud.* quae res etiam facit, ut nec accedente curatoris auctoritate ullum negotium recte gerat, *d. l.* 5. *de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quam curatori dici possit, quod agitur aut geritur, probare.

2. Enimvero si furiosus dilucida habeat intervalla, quod gessit in intermissione furoris, id ratum habetur, nec ullum negotium antea recte gestum furore postea interveniente perimitur, §. 1. *Inst. quibus non est perm. fac. test. l.* 9. *C. qui test. fac.* & ibi DD.

3. Quod de furioso, *μαινομένῳ*, dicitur id etiam pertinet ad mente captum, *ἄνουν* seu dementem, qui furore non corripitur, sed in quiete est: quoniam non alia ratione in furioso obtinet, quam quia mente caret, nec intelligit, quod agit, §. *furiosus* 8. *Inst. de inut. stip.* Sed neque ebrius i. e. qui vino gravis & ob id sui est impos, hac in causa a furioso separandus. Nihil enim aliud est ebrietas, quam voluntaria insania: nec minor est furore, sed brevior, Senec. *epist.* 83. Platoni 1. *de leg.* non solum senex bis puer, verum etiam ebrius. Prodigum quoque proceres nostri furioso comparare solent; quasi non magis illius, quam hujus ulla voluntas sit, *dict. leg. furiosi*, 40. *de reg. jur.*

jur. l. 1. *de cur. furios.* Verum hæc similitudo claudicat, locum tantum habet, cum de prodigo obligando agitur, cum quid de bonis suis vult diminuere, alienare, &c. quibus casibus furioso assimilatur, quia in his exitum furiosi facit, *l. his qui*, 12. *in fin. de tut. dat. ab his*.

4. In acquirendo autem dissimilitudo est: quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, aut ipse obligatione liberetur; quia nec mentem nec voluntatem habet, *l.* 1. §. *furiosus*, 22. *de obl. & act. l.* 5. *de reg. jur.* At prodigus paciscendo, stipulando, aut aliter contrahendo sibi acquirere potest; licet promittendo non obligetur, non magis, quam furiosus, *l.* 4. *de verb. obl.* Itaque cum non de alienando, actionem remittendo, de se obligando, aliove modo conditionem suam deteriorem faciendo agitur; sed de acquirendo, de sibi paciscendo aut stipulando, aliave ratione conditionem suam meliorem faciendo, *l.* 3. *de nov.* hic prodigus non cum furioso, sed cum pupillo pubertati proximo comparandus est, *certi condictio*, 9. §. 7. *de reb. cred.* aut cum pubere minore 25. annis curatorem habente, *l.* 3. *C. de in int. rest. min.* quos constat etiam inconsultis tutoribus aut curatoribus alios sibi obligare posse, & conditionem suam quoquo modo facere meliorem, *pr. Inst. de auct. tut. l.* 11. *de acq. rer. dom.* Denique ut pupillus auctore tutore, pubes cum consensu curatoris omnia gerere potest, *l.* 5. *de reg. jur.* §. *pupillus*, 9. *Inst. de auct. tut.* Ita & prodigus accedente curatoris consensu, *arg. d. l. certi condictio*, 9. §. *sed & si* 7. *de reb. cred. d. l.* 3. *C. de in int. rest. min. l.* 5. §. 1. *de acq. jur.* ubi scriptum est, eum, cui bonis interdicitur, hereditatem sibi delatam adire posse; nempe cum consensu curatoris, ut recte Gloss. & DD. in hoc enim distat a furioso, quod solum significare voluit Jurisconsultus.

5. Plane in eo quoque a pubere minore 25. annis distat prodigus, quod pubes & testamentum facere potest, & ad testamentum testis adhiberi, *l.* 5. *qui test. fac.* §. 1. *Inst. de test. ordin.* quorum neutrum concessum prodigo, *l. is cui lege*, 18. *ad* 1. §. *testes*, 9. *Inst. eod.* §. 2. *Inst. quib. non est perm. fac. testam.* Quæri vulgo solet, prodigusne intelligendus sit, qui facto talis est, qualem describit Ulpianus *l.* 1. *de cur. furios.* an vero decretum magistratus expectandum. Hoc est, an ipso jure & lege, 12. tabularum dissolute & luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur: an vero tum demum, cum talis esse sententia magistratus declaratus est. Dicendum est eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l.* 1. describitur, revera quidem & ethice prodigum esse (nam vitia & virtutes non pendent a sententia & cognitione judicis, sed propriam naturam & formam habent) cæterum quod ad rerum administrationem attinet, neminem ante politice & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea administratio causa cognita decreto magistratus ei adempta sit: cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paulum *l.* 3. *sent.* 4. Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris, sed jurisdictionis est, hoc est, nemini speciatim bonorum administratione lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere, sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magistratus, quod prodigos esse causa cognita constabit, eumque, cui publice bonis interdictum est, jubet esse in curatione agnatorum Ulpian. *tit.* 12. §. 2. *fac.* §. 2. *Inst. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. *de cur. fur.* qui tamen & lege bonis interdici dicitur, *l. is cui*, 18. *qui test. fac. poss. l.* §. 1. *de acq. her.* propterea quod lex id fieri jubet, & a lege curatorem accipit. Bene igitur & rationi juris convenientec Horatius 2. *serm.* 3.

Interdicto huic omne adimat jus
Prætor, &c. ad sanos redeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est: nam cum furor per se emineat, & vera sit mentis ac voluntatis privatio, ut furioso a magistratu bonis interdicatur, non requiritur. At vero an quis prodigus censeri debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris, & liberalem forte magis, quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat.

7. Atqui inquis, prodigus receptus sanis moribus & cum frugalitate in gratiam reversus desinit ipso jure esse in curatione, *d. l.* 1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magistratus. Nimirum textus juris ita sunt explicandi, ut ne certæ rationi, aut principiis aliarum disciplinarum repugnent. Qui fieri possit, ut citra magistratus cognitionem & auctoritatem, is cui publice bonis interdictum est curatore dato, se liberet a curatione, & curator ipsi datus curam & administrationem rerum deponat? aut quis secure cum tali contrahere poterit? Neque enim aut ipso prodigo, aut curatori ejus, aut aliis privatis hoc permitti debet, ut statuant & judicent, an morum redierit sanitas. Itaque dicam per verba *ipso jure* in *d. l.* 1. non excludi sententiam declaratoriam; sed opponi quodammodo curam prodigi curæ minoris 25. annis, quæ certo & statuto tempore, anno sc. vigesimoquinto, finitur, secus atque illa prodigi; quæ finitur mutatis in melius moribus, cujus rei cognitio magistratui competere debet. Gail. 2. *obs.* 51. Ant. Fab. *Cod. suo forens. tit. de cur. fur. def.* 7. Tulden. *Cod. eod. n.* 5. Christin. *vol.* 2. *dec.* 160. Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria, ejusque publicatio, teste Grot. 1. *manud.* 11. add. Jod. Damhoud. *c.* 8. *de tut. & cur. min, n.* 26.

8. In-

8. Infans quoque seu septennio minor, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal. l. 18. C. de jur. del.* in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioso distat; utpote qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere, *§. pupillus, 9. Inst. de inut. stip.* Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis est, quam juris, suppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. 32. §. ult. de acq. poss. l. 3. C. eod.*

9. De proximo infantiæ quoque dicitur, nullum eum habere intellectum, *d. §. pupillus*, nihil scire aut discernere, *l. 9. de acq. her.* non intelligere, quod agitur, *l. 1. §. huic proximus, 12. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cum in *d. §. pupillus*, aliisque omnibus istis locis proditum sit, eum qui infantiæ proximus est, & stipulari & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam eum, qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda erit, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine tutoris auctoritate incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti in *l. in sponsalibus, 14. de sponsalib. l. 1. §. 3. de acq. poss.* igitur infantiæ proximi idem juris habent, quod proximi pubertati, nimirum ut paciscendo, stipulando, aut aliter contrahendo sibi prodesse & obligationem acquirere possint, & cum tutoris auctoritate omnia gerere.

10. Cæterum cum hoc illis benigniter præstitum dicatur, *l. 1. §. huic proximus, 13. de obl. & act. l. 9. de acq. her. l. 6. rem pup. salv.* sciendum est in aliis adhuc manere differentiam; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, seu adhuc consistat intra annum decimum, & dimidium, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est proximus pubertati, *l. pupillum, 111. de regul. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulc. viol. l. impuberem, 23. de furt. l. hæredibus, 13. §. 1. de dol.* Et cum infantiæ proximus, quando remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso, tanquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo, quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex conventione sua vel contractu sine tutoris auctoritate inito obligetur naturaliter. Videamus autem, quid de hac quæstione statuendum sit.

11. Et posito eo, quod pupillus pubertati proximus intelligere potest, quod agitur, naturaque velle & consentire, consequens est omnino, ut etiam ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, quia ea ætate sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse satis ostendunt textus in *l. 13. §. 1. de dolo, l. pupillum, 111. de reg. jur. l. 1. §. 3. de acq. poss. §. pupillus 9. Inst. de inut. stip.* in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur a proximo pubertati, quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat; ille doli expers sit, hic capax. Quod vero de impuberibus omnibus pronuntiatur, nullum esse eorum [illegible] judicium, *§. 1. Inst. quib. non est perm.* [illegible] id quidem recte dicitur etiam de puber[illegible] proximis: sed in re, de qua illic agitur, [illegible] de dispositione testamentaria: in qua meri[illegible] majus & solidius judicium requiritur, quam [illegible] ullam partem pupillaris ætatis cadere posse cr[illegible]. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper pubertati proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, *l. cum illud, 25. §. 1. quando dies leg. l. si pupillus: 21. ad leg. Falc. l. Stichum, 95. §. 2. de solut. l. in numerationibus, 44. eod. l. si ejus, 64. ad sen. Treb.* Idem quoque arguunt effecta huic obligationi jure civili tributa; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur, *l. si pupillus, 127. de verbor. obl.* quod præcedens obligatio pupillo eam in se suscipiente citra tutoris auctoritatem novetur, *l. 1. in fin. de novat.* Unde etiam corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex conventione obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex sola promissione sua aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Hoc quidem interest, quod locupletior factus ne quidem ante Divum Pium solutum condicere potuit, *l. naturaliter, 13. §. 1. & l. seq. de condict. ind.* Puto etiam hoc casu compensationem pati debuisse. At Divus Pius etiam actionem in eum dedit, in quantum locupletior factus est, *l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* ex quo tempore efficax & civilis quoque esse cœpit hæc pupillo obligatio. Quando autem locupletior factus non est, tunc & solutum repeti potest, & compensationi locus non est, *d. l. 13. §. 1. l. quod pupillus, 41. de cond. ind.* non quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum, ne obligatio ei noceat.

12. Plane quoniam obligationis naturalis, quæ ex conventione oritur, effectus præcipuus consistit in jure compensandi & soluti retinendi, *l. 6. de*

l. 6. de compens. l. 10. de obl. & act. obligatio autem pupilli hunc effectum non habet, nisi quatenus locupletior factus est, inde fit, ut de pupillo sine tutoris auctoritate contrahente sic aliquando Jurisconsulti loquantur, quasi ne natura quidem isto modo obligaretur, *d. l. 41. de cond. ind. l. pupillus, 49. de obl. & act.* habita inquam ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, tanquam nulla omnino subesset, alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve nocere aut prodesse posset. Multo magis ex conventione & promissione sua jure naturæ obligantur puberes minores 25. annis: quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex contractu obligantur, ita ut læsis necessaria sit in integrum restitutio, *l. 2. C. de in int. rest. min.*

13. Quod si curatorem habent, consensum ejus adhibere debent: alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, *d. l. 3.* ubi minores curatorem habentes in negotiis contrahendis eodem jure censentur cum iis, quibus bonis interdictum est, quos constat jure civ. sine curatorum consensu non obligari, *l. 6. de verb. obl.*

14. Ac proinde admittenda non est sententia Cujacii ad *l. puberes, 10. l. 1. de verb. obl.* Vult. *disc. 16.* Fachin. *3. contr. 9.* Bronch. *1. ass. 33.* distinguentium inter alienationem & obligationem, quasi alienare quidem res suas minor sine curatore non possit: obligare autem se possit ad alienandum. Hæc enim distinctio & verbis *d. l. 3. C. de in int. rest. min.* manifeste refellitur; & ratio, qua Imperatores utuntur, perspicue probat, quod de una specie dicitur, ad alteram quoque pertinere. Loquuntur de venditione, de contractu; non de alienatione, quæ demum fit, cum ex contractus causa res traditur, *l. traditionib. 20. C. de pact. §. 3. Inst. de empt. & vend.* quamquam & si de sola alienatione loqueretur, tamen id quod de ea diceretur, etiam ad contractus & obligationem minoris referendum esset, ut mox demonstrabitur. Ajunt ideo minoris contractum non esse servandum, quia minor curatorem habens similis sit ei, cui bonis interdictum est. Quod si hanc ob causam minor sine curatore alienare non potest, quia eodem jure, quo prodigus censetur: ob eandem causam nec sine curatore poterit obligari, *l. 6. de verb. obl.* Quid quod hoc ipso quod minoribus denegatur rerum suarum administratio, *l. 1. in fin. de minor.* non minus jus sese obligandi sine curatore, quam res suas alienandi ademptum intelligi oportet? Hæc enim duo se mutuo ponunt & tollunt, ita ut divelli nequeant. Qui jus habet personam suam obligandi ad rem alienandam, ille quoque jus alienandi habet, & contra. Item cui alienandi jus non est, ei nec obligandi, & contra, argumento est ipsa obligationis definitio, *pr. Inst. de obl. l. 3. de obl. & act.* Nam si obligationis civilis hæc vis est, ut actionem producat, & necessitate solvendi debitorem adstringat, utique cum eo, qui ita obligatus est, etiam judicio agi poterit, & res debita ab eo exigi, atque ille consequenter recte quoque eam præstabit, & ad creditorem transferet, cum etiam ad id cogi possit. Itaque male nonnulli sic colligunt: curatori rerum puberis & negotiorum administratio commissa est, non personæ, *l. sciendum, 20. de rit. nupt.* proinde de persona sua promittere pubes potest sine curatore suo. Imo contra sic colligi debuit: curatori negotiorum impuberis administratio commissa est, ergo & rerum contrahendarum & obligationis pubetis: nam in re contrahenda negotium geritur, *l. 7. pr. §. 1. & c. de minor.* Neque obligationis summus finis hic est, ut personam nobis obligatam habeamus: sed ut id, quod in obligationem deductum est, consequamur, *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio 38. §. alteri, 17. de ver. obl.* Denique vel ex eo ipso, quod in *d. l. sciendum, d. de rit. nup.* Jurisconsultus ait, utrum puella nubat, nec ne, ad officium curatoris non pertinere, quia id non sit ex administratione negotiorum, in qua officium curatoris consistit, satis intelligimus nuptiarum hoc esse proprium, eoque ad alias obligationes transferri non debere. Nam in nuptiis contrahendis non agitur de rebus extra personam positis, de dando aliquo aut præstando, sed de mera & sola conjunctione Personarum. Cæterarum autem rerum obligationes ad conjunctionem personarum non pertinent, sed ad dandum vel faciendum, id est, ad minuendum debitori & creditori augendum patrimonium. At ita futurum est, inquis, ut inter pupillum & adultum curatorem habentem non multum intersit. Quid tum postea? *ἐν ὀλίγοις γὰρ πάνυ διαλλάττουσιν οἱ κουράτορες ἀπὸ τῶν ἐπιτρόπων*, teste Modestino in *l. εἰ δι' ἐπιτροπῆς, 13. pr. de excus.* id est, *valde pauca sunt ea, in quibus distant curatores a tutoribus*, & alias nullum esset discrimen inter habentem curatorem & non habentem: cum tamen tam notabile afferatur in *d. l. 3. C. de in int. rest. min.*

15. Confirmat, non evertit hanc sententiam locus Pauli in *l. obligari, 43. de obl. & act.* ubi sic scribit, *Obligari potest paterfam. suæ potestatis pubes*. His enim verbis, *suæ potestatis pubes*. Significatur is pubes qui nec in curatione sit, removenturque puberes curatorem habentes, & ii, quibus bonis interdictum est: alioqui superfluo verba illa adjicerentur, cum nullus sit paterfamilias, qui non sit suæ potestatis suive juris, si verba ista accipiantur in sensu vulgari, ut in *tit. Inst. & D. de his qui sui vel al. jur.* Sic & Ulpianus in *l. 2. §. 1. de pollicit.* ait, voto obligari patresfam. puberes sui juris, *sui juris*, id est, suæ curæ, qui nec sine in potestate administratoria curatoris: quomodo

modo & Cujacius ipse hoc explicat, 21. *obs.* 23.

16. At mihi plane persuadeo, neque Cujacium, neque quemquam alium ab hac sententia, cæteris fere interpretibus probata, recessurum fuisse nisi eos movisset responsum Modestini in *l. puberes* 101. *de verb. obl.* Verba Modestini sunt; *Puberes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari possunt*. Si ex hoc uno loco res decidenda esset, protinus subscriberem sententiæ Cujacii: sed quoniam ex professo in contrariam sententiam scripta est *d. l.* 3. *C. de in int. rest. min.* & quidem ita, ut in aliam trahi nequeat (omitto nunc rationes & alios locos supra adductos) danda potius opera, ut verbis *d. l.* 101. ea aptetur interpretatio, quæ fiat, ut ne illa *d. l.* 3. repugnet. Et dictio quidem illa relativa & reciproca *suis* non patitur, ut verba Modestini sic interpretemur, *puberes qui sunt sine curatoribus*, &c. nec argumentum aut titulus, ut ea restringamus ad nuptias aut sponsalia. At hæc interpretatio colorem habet: *Puberes sine curatoribus suis*, &c. id est, absentibus curatoribus, quos habent, contrahentes; pubéres alibi versantes sine curatoribus suis ex stipulatu obligari possunt: non utique sine illorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus hoc inter impubetes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse & statim auctor fieri debeat, *l. 9. §. pen. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea interveniens, atque ejus etiam, qui præsens non fuit, sufficiat. Nec video quid speciosius afferri possit ad evitandam legum pugnam, nisi putamus Modestinum ita scripsisse: Ἔφηβοι οἱ ἄνευ κουράτωρος, &c. id est, *puberes sine curatoribus consistenti*, ut Impp. in *d. l.* 3. quod male conversum sit. Sane pleraque Modestini de tutoribus & curatoribus Græco sermone scripta esse constat ex *tit. de confirm. tut. Qui. pet. De tut. dat. De excus. tut.* Consuli interim poterunt DD. *in d. l.* 3. *& ad l.* 101. Robert. 1. *animad.* 12. Gœdd. *tr. de contr. & comm. stip. c.* 7. Lyclam. 7. *memb.* 15. Tim. Fab. *anniverſ. disp.* 9. Porro pacisci cum omnibus possumus, quibuscum juris gentium communio est. Ergo & cum servis, cum deportatis, aliisque peregrinis, cum hæreticis, cum hostibus, quibus omnibus fides data jure gentium servanda est, *l. nam & Servus*, 21. *de neg. gest. l. bona fides*, 31. *depos.* de quo luculentius *sub c.* 2. *&* 3.

CAPUT XV.

An quis pactione sua alteri nocere, aut prodesse queat?

1. *Quibus casibus pactum reale servi aut filiifam. domino aut patri noceat.*
2. *Quando pactum personale filii, ne ipse petat, utile.*
3. *Quibus casibus pactum procuratoris, ne dominus petat, domino noceat.*
4. *Quando tutoris, curatoris, &c. pupillo, minori, &c. noceat.*
5. *Cur pactio emptoris hæreditatis & debitoris hereditarii noceat venditori hæreditatis.*
6. *Pactum servi & filii ne a domino aut patre petatur, prodest domino & patri.*
7. *Quid juris, si filiusfam. aut servus pacti, ne a se peteretur.*
8. *Quid si pater pactus, ne a filio petatur.*
9. *Pactum procuratoris negotium domino prodest ad exceptionem doli.*
10. *Ejus, qui plane extraneus est, pactum nobis non prodesse.*
11. *Contemplatio auctoris circa* l. 3. C. de don. quæ sub mod.
12. *Quantum vi & effectu differunt prohibitio alienationis testamentaria & conventionalis.*

NEMO pactione sua alteri nocere potest, ne ei quidem, cujus est in potestate, *l. si tibi*, 17. §. *pen. l. si unus*, 27. §. 4. *vers. ante omnia l. contra juris*, 28. §. 2. *l. ult. h. t.*

1. Cæterum pactum a servo aut filiofam. in rem factum, ne pecunia petatur, domino aut patri interdum nocet, videlicet si de re peculiari, cujus liberam habent administrationem, non donationis causa, sed transactionis, aliave simili, quæ non excedit fines administrationis, factum sit, *d. l. contra juris*, §. 2. *hoc tit.* Quin etiam pactum de re dominica aliquando utile est, veluti si servus dominicam pecuniam credens pactus sit, ne ea ante certum tempus petatur, *l. sin autem*, 29. *eod.* Quod si servus aut filius pacti sint, ne ipsi peterent, inutile est pactum, *d. l. contra juris*, §. 2. *eod.* Nam cum neque servus, neque filiusfam. regulariter petere seu agere possit, *l. filiusfam.* 9. *de obl. & act. l.* 6. *C. de iudic.* pacta de non petendo frustra in eorum personam concipiuntur.

2. Quibusdam tamen casibus in persona filiifam. id aliter se habet; veluti si paciscatur, ne injuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ jure singulari filiofam. competunt, *d. l. filiusfam. de obl. & act.* quod & Cajus significat in *l. in persona*, 30. *hoc tit.* Item cum pactum a filiofam. confertur in id tempus, quo sui juris effectus agere poterit, *l. & hered.* 21. §. 3.

3. Sed nec pactum a procuratore factum ne dominus petat, nocet domino, præterquam tribus in casibus: quorum primus est si dominus procuratori suo mandavit, ut pacisceretur: alter, si sit procurator omnium rerum, totorum seu universorum bonorum *l. nam & nocere*, 12. *eod.* quibus verbis veteres compendio sermonis significant eum, cui plena liberaque rerum administratio concessa est, *l. procurator cui*, 58. *l. procurator totorum*, 63. *de procur. l. jusjurandum*, 17. §. *ult. de jurejur.* Vaud. 1. *quæst.* 47.

Daar.

Duar. *ad l. 1. §. per procuratorem*, 20. *de acq. poss.* Atque hujus procuratoris tam ampla potestas est, ut exigere, novare, aliud pro alio permutare, eaque omnia facere posse, quæcunque ad administrationem magis, quam ad profusionem dissipationemve patrimonii pertinent. Nam donationis causa pacisci non potest, ac ne eas quidem res vendere, quas diligens attentusque paterfamilias distrahere non solet, *d. l. contra juris*, 28. §. 2. *h. t. d. l. 63. de procur. l. si consensit* §. 1. *quib. mod. pign. solv.* Tertius casus est, cum quis procurator in rem suam constituitur, id est, cum ei actio creditur; quia hic, ut ait Paulus, domini loco habetur, *l. sed si*, 13. §. 1. *h. t.*

4. Similiter nec pactum tutoris aut curatoris donationis causa factum pupillo aut adulto nocet *l. pactum* 22. *C. eod.* nocet autem si factum sit de re dubia transactionis causa *l. interdum*, 56. §. *pen. de furt.* per *l. tutor*, 35. *pr. de jurejur.* Curator quoque sive administrator reipub. aut civitatis paciscendo non magis reip. aut civitati, quam tutor pupillo, nocere potest, *l. Imperatores*, 37. *h. t. l. præses*, 12. *C. de transact.* eademque causa est ejus, qui societatis vel universitatis magister dicitur, *l. item magistri*, 14. *hoc tit. l. actor*, 9. *rat. rem hab.* atque ita accipiendum quod Ulpianus *d. l.* 14. magistri pactum & prodesse & obesse.

5. Pactio facta inter emptorem hereditatis & debitorem hereditarium nocet venditori, *l. si cum*, 16. *h. t.* nec mirum, cum totum commodum ad emptorem pertineat, qui etiam utiles actiones proprio nomine habet ex constitutione Divi Pii *d. l.* 16. Facilius admittendum fuit, ut quis pactione sua alteri possit prodesse: quod & ipsum tamen regulariter receptum non est, *l. si tibi*, 17. §. 4. *l. si cum*, 36. *l. tale pactum*, 40. §. *ult. h. t. l. stipulatio*, 17. §. *alteri*, 17. *de ver. oblig.* Pactum filii aut servi, ne a patre aut domino petatur, utile est, prodestque patri & domino, *d. l. si tibi, in fin. cum* 2. *ll. seq. eod.* quoniam per eas personas, quæ in potestate nostra sunt, melior conditio nostra fieri potest, etsi deterior fieri non potest, *l. melior*, 133. *de reg. jur. l. 3. l. filius*, 22. *C. hoc tit.* Idemque dicendum & de eo servo, in quo usumfructum habemus, aut qui nobis bona fide servit, *l. si debitor*, 55. *eod.* Si filiusfam. pactum fecerit, ne a se petatur, proderit ei, *l. acquirent*, 19. §. 1. *eod.* Nam ex omni causa filiusfam. conveniri potest, sicut paterfam. *l. filiusfam.* 39. *de obl. & act.* ac tametsi pactum istud personale sit, nihilominus tamen & patri proderit, si nomine filii conveniatur; utique quamdiu filius vivit: morte enim filii extinguitur, quia personale est. Quod si servus, ne a se peteretur, pactus sit, nihil valebit pactum: quia ab eo peti non potest, *leg. cum servo*, 107. *de reg. jur.* At enim si in rem paciscatur, proderit domino pacti conventi exceptio. Si vero in personam pactum conceptum fuerit, dabitur domino hoc casu exceptio doli subsidiaria, *leg. & heredi*, 21. §. 1. *hoc tit.*

6. Pactum a patre factum ne a filio petatur, filio non prodest, etiamsi postea heres filius extiterit, *l. si sibi*, 17. §. 4. *eod.* quod tamen cum Cujacio sic accipio, hactenus non prodesse, ut filius pacti exceptione directa utatur: nam doli exceptio non videtur ei deneganda, *arg. d. l. & her.* §. 2. *h. t.* & ita quoque Zas. *in d. l. si sibi*, §. *cum possessor. n.* 7. & Pac. *in* §. 4. *eod.* Sed si pater paciscatur filio, ut heredi futuro, quod facere intelligitur, cum super ea obligatione paciscitur, ex qua non potest filius, nisi ut heres, conveniri, exceptio pacti filio danda est: nam heredi consuli concessum est; & nihil prohibet uni ex heredibus providere; cæteris autem non consuli, auctore Celso in *l. avus*, 33. *h. t.* quod & Pomponius probat, *l.* 10. *de pact. dotal.* Huic tamen sententiæ obloqui videtur Julianus *l. eum qui*, 56. §. 1. *de verb. oblig.* ubi ait, si quis promiserit se & Titium heredem suum daturum, nihilominus cæteros quoque heredes teneri, quamvis convenisse videatur, ne a cæteris peteretur. Nolo hic examinare varias responsiones cum veterum, tum recentiorum interpretum in *d. l.* 33. *& d. l.* 36. §. 1. sed quid mihi ad *d. l.* 56. §. 1. respondendum videatur, breviter exponam. Ajo igitur Julianum illic principaliter agere de constituenda obligatione in unum ex heredibus, quod fieri propter legem 12. tabb. non potest; utpote ex qua obligatio, quæ in defunctum cœpit, in omnes competit pro portionibus hereditariis, *l.* 2. *C. de her. act. l.* 6. *C. fam. erc.* Et quamvis, si verba stipulationis spectamus, in qua solius Titii mentio facta, possit videri tacite convenisse, ne ab aliis heredibus, sed a solo Titio peteretur; tamen taciti hujus, & tantum non imaginarii pacti rationem non habendam, propterea quod verisimile non est eam fuisse mentem stipulatoris decem sibi dari stipulantis, ut a solo Titio eam summam peteret, a cæteris nihil petere atque ita integra decem non posset consequi. Certum enim est, Titium ultra portionem hereditariam obligari non potuisse, & vel ideo, quia heres ultra eam portionem habetur pro extraneo, *l.* 14. *C. de rei vind. l. pen. C. de her. act.* Atque hinc est, quod Julianus ait, Titii personam supervacue comprehensam esse. Ex converso quoque qui stipulatur sibi & Titio heredi suo dari, omnibus heredibus suis obligationem acquirit propter eandem legem 12. tabb. ex qua etiam obligatio a defuncto cœpta heredibus omnibus pro hereditaria cujusque parte acquiritur; quod cum procul dubio cum effectu accipiendum sit, consequens omnino est, neminem rem suam petentem exceptione summoveri posse, contra quam existimat Accursius *in d. l. 33. h. t.* At vero apud Celsum *d. l.* 33. non agitur de uno ex heredibus obligando, neque de obligatione uni acquirenda; sed de uno per pactionem liberando, eique

ita

ita consulendo, ut huic soli exceptio prosit, cæteris non item. Hoc autem etsi tacita pactione non efficitur, expressa tamen effici potest. Tutoris quoque & curatoris pactum prodest pupillo, adulto, furioso & prodigo, *l. tutoris*, 15. *l. contra*, 28. §. 1. *eod. l. curatoris*, 12. *C. eod.* quia etsi personæ extraneæ sunt, tamen ob hoc ipsum rebus nostris administrandis sunt præpositi, ut faciant conditionem nostram meliorem. Sed & pactum procuratoris negotiorum domino prodest, quanquam non ad exceptionem pacti, sed ad exceptionem doli, quæ exceptionis pacti plerumque subsidium est *l. rescriptum*, 10. §. *ult. eod.* Quippe exceptio doli non tam ex facto procuratoris nobis nascitur, quam ex dolo creditoris nostri; quem certum est dolo facere, si id petat, quod procuratori nostri, id est, pene alteri domino, & quidem nostro nomine remiserit, *l.* 1. §. 1. *&* 2. *de dol. mal. excep.* Et generaliter quicunque stipulando nobis acquirere possunt, iidem & paciscendo possunt conditionem nostram facere meliorem, *l. per quos*, 59. *hoc tit.*

10. At si quis plane extraneus est, qui nec in potestate nostra sit, nec rebus nostris administrandis præsit, ejus pactum nobis non prodest, nec inde aut actio aut exceptio acquiritur extraneo, *l. stipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *de verb. obl. l.* 3. *C. de inut. stipul. l. quo tutela*, 73. §. *ult. de reg. jur.* quanquam interdum in subsidium exceptio doli datur, *l. idem in duobus*, 25. §. *ult. & l. seq. hoc tit.* Illud singulare esse videtur in donatione, quod ex donatoris pacto acquiri potest actio tertio alicui extraneo contra donatarium, *per l.* 3. *C. de donat. quæ sub mod.* cujus rei hanc esse rationem scribit Covar. 1. *var. resol.* c. 14. quod id speciale sit in donatore liberalitatem exercente in donatarium, ut possit donator obligationem exigere in alicujus tertii favorem, obiter inspici potest & Ant. Fab. *C. suo forens. ad d. tit. C. de donat. quæ sub mod. defin.* 2.

11. Tentari tamen potest, *d. l.* 3. *C. eod. tit.* occurrere speciem fidei commissi in contractu constitui. Sane enim & in contractibus interdum fideicommissum constituitur, *l. Publia Mævia*, 26. *pr. depos. l. si pecunia*, 77. *de legat.* 1. Et sic possum in traditione rei meæ pacisci, ne res alienetur, *l. ult. C. de pact. int. empt. & vend. l. ult. C. de reb. al. l. in traditionibus*, 48. *h. t. l.* 3. *C. de cond. ob caus. dat.* cui non obstat *l. pen. hoc tit.* quippe quæ ad eum casum non pertinet, cum pactio intercessit in traditione rei meæ, sed inter duorum prædiorum dominos, quorum alter ab altero nihil accepit.

12. Atque hæc est prohibitio conventionalis, inter quam & prohibitionem testamentariam, ut id obiter addam, hoc interest, quod ex testamentaria prohibitione æque ac ex legali, ad revocandam rem alienatam actio in rem competit, *l. ult.* §. 3. *C. comm. de legat.* At si contra conventionale fideicommissum alienatio facta sit, personalis dumtaxat actio contra alienantem datur, *d. l.* 3. *C. de cond. ob caus. dat.* Quapropter quamvis in *d. l. ult. C. de reb. al. non alien.* prohibitio fiat alienationis rei non modo quæ in testamento, sed etiam quæ in contractu alienari vetatur, ex eo tamen non oportet colligere eundem esse utriusque prohibitionis effectum, sed commodanda est vis ac potestas prohibitionis ad eum modum, quem species singulæ illic positæ pro natura sua admittunt; quod & interpr. vulgo observant. Bronch. *cent.* 1. *assert.* 36.

CAPUT XVI.

Quatenus pactum debitoris fidejussori, aut fidejussoris debitori prosit, & de pacto unius e duobus reis.

1. *An utilitas exceptionis fidejussori quæsita ex pactione rei, contraria rei pactione* [illegible] *ri queat.*
2. *Pactum fidejussoris nec reo nec* [illegible] *prodest.*
3. *Jurisjurandi alia ratio, & quare.*
4. *Quid juris, si expresse convenit, ne a reo quoque petatur.*
5. *Pactum unius ex correis debendi sociis* [illegible] *quoque prodesse: nec obstare* l. 3. de lib. legat.
6. *Si socii non sunt, non prodesse.*
7. *Species* l. 2. C. de duobus reis.
8. *Quod si uni ex correis debendi reddita cautio, & ita tacite pactio indulta?*
9. *Pactum unius e duobus reis credendi sociis ita alteri non nocere, ut neque prosit.*
10. *Explicatio* l. si duo 34. de recept. arbitr.
11. *Si rei credendi socii sint, pactum unius alteri nullo obesse modo*

PACTUM debitoris in rem conceptum fidejussori quoque prodesse constat: non tam propter vicinitatem obligationis, quam ob regulam traditam *l. & heredi*, 21. §. *ult. hoc tit.* ut jam intelleximus. Personale autem pactum debitoris diximus fidejussori non prodesse (utique jure veteri) *l. nisi hoc*, 22. *eod.* Atqui, inquis, etiam hic interest rei, ne a fidejussore petatur. Sed id in proposito considerari non debet: quippe ubi reus expresse pactum ad suam personam restrinxit, creditori, qui aliter pactus non fuisset, non poterit objici exceptio a fidejussore, aut si objiciatur, replicatione elidetur. Quid si simpliciter sine particula taxativa pactus sit debitor ne a se petatur? Puto hoc pactum etiam fidejussori profuturum & omnibus, quorum principaliter & pecuniarie interest, ne ab aliis petatur, *arg. l. si tibi*, 17. §. *propon. hoc tit.* Procedit igitur *d. l. nisi hoc* 22. in pacto, ut loquitur Bartolus, personalissimo, quando pacto est inserta dictio taxativa; veluti si con-

convenit, ut a reo duntaxat non petatur. Potest autem & sine persona sua reus paciscі, ne a fidejussore petatur, ut pactum sit efficax, *l. si unus*, 27. §. *eod.*

1. Quæstionis est, an utilitas exceptionis semel fidejussori quæsitæ ex pactione debitoris, ei iterum contraria debitoris pactione auferri queat. Et Furius Anthianus respondit, non posse, *l. ult. h. t.* cui obstare videtur *l. si unus*, 27. §. 2. *vers. eadem ratione*, *eod.* ubi Paulus ait, prius pactum eadem ratione fidejussoribus non prodesse, qua prius non prodest debitori, qui postea pactus est, ut petere liceret. Sed non sunt hæc contraria. Nam hoc tantum significat Paulus, ut pactum de non petendo debitori factum posteriore debitoris pacto de petendo tollitur, non ipso jure, sed ope replicationis, ita & pactum factum debitori vel fidejussori pacto contrario ipsius fidejussoris per replicationem elidi, ut noceat fidejussori. Longe autem diversum est, quod Anthianus definit, exceptionem fidejussori vel sua vel debitoris pactione semel quæsitam, ipsi invito extorqueri non posse, Pac. 1. *cent.* 98.

2. Ex converso pactum fidejussoris reo non prodest, quoniam ut prosit reo, nihil interest fidejussoris: quippe in quem reus, si solverit, nullam actionem habiturus sit: ac proinde etsi fidejussor simpliciter pactus sit, ne pecunia petatur, nihilo magis id proderit reo, *l. fidejussoris*, 23. *hoc tit.* eademque ratione nec confidejussori hujusmodi pacta proderunt, *d. l.* 23.

3. Jurisjurandi alia ratio est: id enim solutionis loco cedit, *l. jusjurandum*, 27. *& l. seq.* §. 1. *de jurejur.* dummodo de ipso contractu & de re juratum sit: quoniam tunc perinde habetur, quasi nihil debeatur, *l. in duobus*, 28. §. 1. *d. tit.* Pactum autem non facit, ut ne quis debeat, sed ut defendatur exceptione.

4. Cæterum si expresse convenit, ne a reo quoque petatur, placet tale fidejussoris pactum etiam reo proficere, *l. idem in duobus*, 25. §. *ult. & seq. hoc tit.* quo tamen casu debitori non exceptio pacti, sed doli exceptio datur, *d. l.* 25. §. *ult.* nimirum ex æquo & bono: est enim exceptio doli subsidiaria illius, quæ alias ex pacto competeret, ut supra quoque monuimus, *l. rescriptum*, 10. §. 2. *eod.* Placet autem hoc casu etiam reo exceptionem dari propter συναλλαγμα, seu connexum obligationum, quia reus & fidejussor unum & idem debent. Idem est & in confidejussoribus. Excipitur & hic casus, si fidejussor quis sit in rem suam: quoniam hic reus potius est, quam fidejussor, & is pro quo fidem interposuit, fidejussor verius, quam reus, *l. sed si*, 24. *eod.*

5. Si unus ex correis debendi, qui & socii sint, pactus sit, ne a se petatur, quin id pactum cæteris quoque prosit, vix ambigatur, propter regulam *l. & heredi*, 21. §. *ult. hoc tit.* Nam hoc quoque paciscentis pecuniariter inter-

Vinn. Tract. Varii.

est, a socio promittendi reo non exigi, quia si solvat, id alteri judicio societatis reputabitur. Obstare tamen videtur, quod Julianum respondisse Ulpianus *l.* 3. §. 3. *liber. legat.* refert, si uni ex correis sociis liberatio legata sit, non pacto, sed per acceptilationem eum liberari debere, ne dum ab altero petitur, ille inquietetur: quibus verbis non obscure significat, pactum unius rei debendi alteri non prodesse, licet socii sint. Sed recte respondet Bachovius Jurisconsultus in specie illic proposita liberationem fieri voluisse per eum modum, quo penitus & ipso jure obligatio perimitur, ut in omnem eventum legatario prospectum sit; cum alioqui actione ipso jure non sublata fieri possit & aliquando contingere, ut actione adversus alterum instituta ipse inquietetur.

6. Quid si socii non sint? pactum unius alteri non prodesse probatur ex *l. idem*, 25. *hoc tit.* quæ lex conjungenda est cum *l. fidejussoris*, 23. *eod.* ut inscriptio & res ipsa indicat. Cessat quoque hic regula *d. l.* 21. §. *ult. eod.* quia non interest paciscentis a correo, qui socius non sit, non peti. Et huc in primis facit *d. l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* ubi Jurisconsultus ait, alterum ex correis debendi, cui liberatio legata, agendo quidem consequi posse, ut pacto liberetur, sed non ut per acceptilationem, ne alteri liberatio prosit.

7. Plerique tamen credunt huic sententiæ contrarium esse, quod rescriptum est *l.* 2. *C. de duob. reis*, si unus ex duobus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, quod ultra dimidiam suam solvit, posse repetere, quod sic accipiunt, posse repetere etiam citra cessionem in correum actionis, videlicet subsidiaria actione negotiorum gestorum: & secundum id sæpe judicatum esse testantur Ant. Fab. *C. suo for. de duob. reis, defin.* 1. Christian. *vol.* 3. *decis.* 114. *& vol.* 4. *decis.* 178. Ego vero puto *d. l.* 2. commode accipi posse de correis sociis, propterea quod pecunia ibi dicitur communiter mutuo accepta, vid. eund. Fab. 11. *conjunct.* 6. *& seqq.* Perez. *ad tit. C. de duob. reis, n.* 10. *& seq.* Plane si quis nominatim correo quoque suo paciscatur, prodest ei pactum ad exceptionem doli, *arg. l. idem in duobus*, §. *ult. cum l. seq. hoc tit.*

8. Quid si tacite pactum inducatur ex chirographi redditione uni ex correis debendi facta? Non alii prodesse posse Alexander ad *l.* 2. *h. t.* scripsit, quam ei cui redditum est. Tacitum enim pactum ex facto inducitur. Factum autem nullum intercedit creditoris nisi cum eo ex correis, cui chirographum redditur. Et potius redditio illa conjecturam inducit & probationem mandatarum ei adversus correum actionum, *arg. l.* 2. *C. de donat. l. Mævia*, 48. *solut. matrim. l. servum filii*, 44. §. *cum qui*, 5. *de leg.* 1. Ex quo apparet non posse correo ex ea causa quæri exceptionem pacti de non petendo; alio-

alioqui videretur creditor mandasse actionem inutilem; quippe quæ per exceptionem pacti elidi posset; idemque creditoris factum & actionem præberet, & simul exceptionem, qua hæc actio eliderefur; quod est absurdum. Fidejussorum alia ratio est. Quidni enim iis prosit exceptio pacti, cum non possit redditio instrumenti facere, ut adversus eos ulla actio mandata videatur? Namque reus principalis regressum habere non potest adversus fidejussorem suum, cui ex contrario ipse indemnitatem præstare debet. Plane si in rem suam fidejussit, aliud dicendum est, nam hoc casu nec pro fidejussore habetur, *l. sed si*, 24. *hoc tit. l.* 1. §. 1. *qui satisd. cog. l.* 5. *de liber. legat.* & ita judicatum refert Ant. Fab. *C. suo*, *hoc tit. defin.* 6. vid. & sup. c. 12. n. 13.

9. Illud adhuc videndum, an pactum unius ex reis stipulandi aut alteri credendi correo noceat, nempe si pactus fit se non petiturum. Et hic iterum interesse putem, socii sint, nec ne. Si socii sunt, pactum unius alteri ita non nocebit, ut neque prosit: nam saltem pro parte obstabit correo petenti exceptio, pro ea videlicet parte, quam ille socio restituere teneretur judicio societatis: eam autem partem, quam ipse consequitur, communicare non tenetur socio cujus pactione effectum, ne integrum consequi potuerit. Et utut summi juris ratio efficere videtur, ut nullo modo unius pactum alteri obsit, propter conditionem obligationis duorum reorum, in quorum singulorum persona tota obligatio consistit: æquitatis tamen ratio facit, ut agenti saltem obstet exceptio pro parte.

10. Objicit huic sententiæ Ant. Faber, *l. si duo* 34. *de rec. arbitr.* Ex qua ita argumentatur; Si compromissum unius ex correis sociis in totum alteri nocet, ergo nocebit & pactum: at compromissum nocet &c. *d. l.* 34. Respondeo, falsum est assumptum: idque vel ex eadem *l.* 34. liquere potest: non enim quæritur eo loco, an socius petere, quod promissum est, possit; sed an petente eo stipulario pœnalis interposita a socio, qui compromisit, committatur; quod non obscure affirmat Jurisconsultus. Unde facile intelligitur compromissum socio, qui non compromisit, non nocere: quamvis & eo petente stipulatio pœnalis committatur adversum eum scilicet, qui compromisit.

11. Quod si correi credendi sociis non sint, pactio unius alteri non oberit ullo modo: quoniam talia pacta vim suam nunquam exerunt extra personas paciscentium, *l. si unus*, 27. *in fin. pr.* junct. §. 3. *verf. ante omnia*, *h. t.* Aliud est, si unus promissori acceptum tulerit, *l.* 2. *de duob. reis*, aut novandi animo alium reum acceperit, *l. si rem*, 31. §. 1. *de novat.* aut jusjurandum detulerit, *l.* 28. *de jurejur.* quia hæc omnia vicem solutionis obtinent. Sed & vim litis contestatæ jusjurandum habet, *l.* 9. §. 3. *de jur.* Petitione autem unius alterius jus consumitur, *l.* 2. *de duob. reis*, *l.* 31. §. 1. *de novat. l.* 11. §. *fic. evenit*, 21. *de legat.* 3. Hæc nunc pro instituto sufficiant: alio fortassis tempore & loco nonnulla opulentius.

CAPUT XVII.

De pactis majoris partis creditorum.

1. *Pactio debitoris, licet facta cum majore parte creditorum, aliis creditoribus non nocet.*
2. *Excipitur casus, de quo* l. 7. §. ult. & 3. ll. seqq. hoc tit.
3. *Exceptionis hujus ratio.*
4. *Major pars creditorum non ex numero personarum, sed ex modo debiti æstimatur.*
5. *Creditores absentes, recte & tempestive citatos sequi debere exemplum præsentium.*
6. *Non excipi in hoc negotio creditores privilegiarios.*
7. *Hipothecarios excipi, & qui fidejussorem habent, & quare.*
8. *Sententia Pauli in* l. si præcedente, 58. §. 1. mandat.
9. *Quid nostris & Gallorum moribus.*

CREDITORES cum debitoribus suis obæratis qui solvendo non sunt, interdum paciscuntur de parte aliqua debiti non petenda: & hæc quidem pacta certo jure nocent illis, qui pacti sunt de certa portione remittenda: sed an aliis creditoribus, qui forte noluerunt pacisci, noceat pactio majoris partis creditorum, ut nec ipsi possint totum petere, quæritur.

1. Dicendum est debitoris pactionem licet cum majore parte creditorum factam, cæteris non obesse, *l. debitorum*, 25. *C. hoc tit. per l. non debet*, 74. *de reg. jur. tot. tit. C. res int. al. act. l. solvendo*, 39. *de neg.* item arg. *l. ult. C. qui bon. ced. poss.* ubi pars major creditorum minori quidem parti præjudicare potest in danda dilatione seu induciis ad solvendum secundum formam illius constitutionis: cæterum non idem statuitur de remittenda parte debiti.

2. Quo pertinet ergo disputatio Jurisconsultorum in *l. juris gentium*, 7. §. *ult.* & 3. *ll. seq. hoc tit.* de pactione majoris partis creditorum? nimirum ad casum singularem; cum scilicet heres, qui vocatur ad hereditatem debitoris obærati, æs alienum metuens ita se instituit, ut nolit aliter hereditatem adire, quam si a creditoribus sibi caveatur, eos certa parte debiti contentos fore. Hoc casu placet pacta majoris partis creditorum nomine omnium facta, non tantum nocere paciscentibus, sed etiam iis, qui pacti non sunt, *d. l.* 7. §. *si ante*, 17. junct. *d.* §. *ult. eod. arg. l. quod major*, 19. *ad municip.*

3. Atque hoc non sine evidenti ratione æquitatis constitutum est, quoniam creditorum omnium,

nium, etiam eorum, qui pacti non sunt, interest heredem adire hereditatem, ut saltem partem aliquam debiti salvam habeant, cum alias fieri posset, ut totum amitterent, aut de eo in dubium venirent, quia hereditate non adita neminem haberent, quem possent convenire, §. 2. *in fin. Inst. de l. Falcid.* Hæc autem ratio cessat, ubi heres jam hereditatem adit nulla pactione interposita: quoniam cum nunc sit aliquis, qui conveniri possit, non debet aliorum, licet majoris partis, pactio obesse his, qui pacti non sunt. Ita recte Bart. Bald. Angel. Salic. Castr. *in dd. ll.* Unus tamen casus est, ubi etiam vivente adhuc debitore principali obærato pactum majoris partis creditorum nocet cæteris; nempe ubi debitor fugitivus est, nec potest commode conveniri. Tunc enim eadem hic ratio est, quæ allegata fuit in debitore defuncto, cujus heres recusat adire hereditatem. Jason in *l. majorem*, 8. *h. t.*

4. Porro in toto hoc negotio majorem partem æstimari placuit ex modo debiti, non ex numero personarum, *d. l.* 8. *l. ult. C. qui bon. cod. ced. poss. l. si quis*, 14. *de pos. l. cum bona*, 16. *de reb. auct. jud. poss.* Enimvero hæc ita in supra dicta specie procedunt, si major creditorum pars de remittenda aliqua debiti portione, non de toto remittendo inter se disceptent. Paul. Castr. *ad d. l.* 7. §. *ult. h. t.*

5. Et quidem hic etiam absentes creditores exemplum præsentium sequi debebunt, inibiturque majoris computatio ex iis, qui præsentes sunt, *l. rescriptum*, 10. *eod.* Cæterum non aliter hoc procedet, quam si recte & tempestive citati sint absentes, ut bene *DD. comm.* quamvis Angelus, Castarensis & Parius dissentiant: qui licet fateantur tutius esse absentes citari, tamen necessarium negant. Et enim cum hic partes suas prætor interponat, ejusque decreto opus sit, *d. l.* 7. §. *ult. h. t.* speciem judicari hæc res continet, ut iis, qui citati non sunt, ea præjudicare non debeat, *arg. l. de unoquoque*, 47. *de re jud. l. etiamsi*, 19. §. *ult. de minor. l. nam ita*, 39. *de adopt.* Eoque jure utitur.

6. Quod autem major pars creditorum præsentium ita, uti diximus, statuerit, nocebit aliis etiam absentibus creditoribus, quantumvis privilegiariis, *d. l. rescriptum*, 10. *h. t.* nempe iis etiam, qui personale privilegium inter creditores chirographarios habent, ut in *l. qui in navem*, 26. *l. quod quis*, 34. *l. bonis*, 38. §. 1. *de reb. auct. jud. poss. l. si sponsa*, 74. *de jur. dot.* Item fisco, cum non hypothecam, sed tantum privilegium exigendi personale habet, *d. l. rescriptum*, *hoc tit.* veluti cum in privati locum fiscus successit, *l. fiscus*, 6. *de jur. fisc.* Alias ex contractibus suis habet fiscus hypothecam, sicut & ex causa tributorum, *l.* 1. 2. *in quib. caus. pign. tac.*

7. Hypothecariis vero creditoribus pactio creditorum chirographariorum non nocet, *d. l. rescriptum*, *hoc tit.* cujus rei ratio perspicua est; neque enim iis obesse debet aliorum pactio, qui jus hypothecæ habent, propriaque actione rem sibi obligatam persequi possunt. Sed neque nocere debet creditoribus qui fidejussorem vel mandatorem habent; quoniam his etiam satis prospectum est, etsi heres non adierit hereditatem, cum habeant electionem, utrum debitorem, an fidejussorem convenire velint, *l. si præcedente*, 58. §. 1. *mandat. add.* Trentacinq. *resol. lib.* 2. *sub tit. de solut. c.* 3. In dandis vero induciis, quia minus præjudicii vertitur, etiam hypothecarii creditores sequi tenentur suffragium majoris creditorum partis, *l. ult. vers. nulla quidem differentia*, *C. qui bon. ced. poss.*

8. Quod autem diximus etiam privilegiariis creditoribus pactionem majoris partis creditorum nocere ex Ulpiano in *d. l. rescriptum*, *h. t.* ei obstare videtur *d. l. si præcedente* 51. §. 1. *mandat.* ubi Paulus scribit per pactum majoris partis creditorum præsentium non auferri absenti creditori pignus aut privilegium. Cæterum nulla est inter Ulpianum & Paulum pugna: neque enim Ulpianus hoc dicit, pactione majoris partis creditorum præsentium auferri absentibus privilegiariis privilegium, ut putavit Cujacius, & Busius; sed ipsos etiam sequi debere exemplum creditorum præsentium, & portione debiti esse contentos; Ac vero privilegium, quod inter actiones personales vertitur, non adimitunt, & præferuntur nihilominus in portione debiti reliquis creditoribus chirographariis, si forte propter heredis inopiam, suam singuli partem consequi nequeant; quod sæpe evenire potest: & hoc solum est, quod Paulus vult in *d. l. præcedente*, §. 1. *mandat.* Nam comparatio illa pignoris & privilegii apud Paulum non absolute, sed *κατά τι* accipienda: nimirum sicut pactione majoris partis non aufertur pignus creditoribus hypothecariis, ita nec privilegium auferre creditoribus privilegiariis. Illud vero discrimen adhuc manet, quod conventione illa nec in parte debiti præjudicetur creditoribus hypothecariis, privilegiariis autem præjudicetur, ut recte post Bartolum & alios veteres interpretes Baro & Costalius in *d. l. rescriptum*. Borcholt. *de pact. c.* 5. *n.* 21. *& seqq.* Pac. *cent.* 1. *q.* 89.

9. Hodie pactio majoris partis creditorum partem debiti remittentium dissentientibus neutiquam obest *edict. Carol. V. edit.* 19. *Maji* 1544. *art.* 35. atque ita in Gallia quoque judicatum refert Autumnus *cens. Gall. ad l.* 7. §. *ult. & l.* 8. *ff. de pact.* Sed nec pactas quoque cum majore parte creditorum inducias, cæteri creditores sequi tenentur nisi oblata cautione & judicis decreto interveniente, *d. art.* 35. atque ita in supremo Hollandiæ senatu judicatum testatur Neostad. *decis. sup. Cur.* 53.

CAPUT XVIII.

De quibus rebus pacisci possumus.

1. *Privatorum pactis jus publicum mutari non posse.*
2. *Non valere pacta, quæ contra juris regulas, seu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt.*
3. *Valeatne conventio vivo testatore facta, ne heres Falcidia utatur.*
4. *Interpretatio* l. pactum, 46. hoc tit.
5. *Valere pactionem gratuitam de remittendo legato conditionali, quamvis repudiatio non valeat.*
6. *Moribus horum temporum etiam repudiationem eodem casu valere.*
7. *De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, etiam non inspectis tabulis recte paciscimur.*
8. *De alimentis testamento relictis gratis pacisci citra prætoris auctoritatem licere.*
9. *Pactum de quota litis cur improbatum.*
10. *An saltem pactio, quæ per se non valet, vires accipiat a jurejurando.*

PACISCI possumus de re privata duntaxat & familiari, veluti si quis paciscatur, ne judicati, incensarum ædium, depositi, furti agat, ne operis novi nuntiationem exequatur, *l. juris gentium*, 7. §. *si paciscar*, 13. & 2. *seqq. in t.* ne debitorem ultra quam quatenus facere possit, conveniat, *l. si quis crediderit*, 49. *eod.* ne ab herede hereditatem adituro totum petat, *d. l.* 7. §. *si ante*, 17. *eod.* ne legatorum sibi relictorum nomine satisdationem ab herede exigat, *l. pactum*, 46. *eod. fac. l.* 2. *C. ut in poss. leg.* ne utatur fori præscriptione, *l. pen. C. eod.* Eadem ratione valet pactum, ut res deposita sit periculo ejus, apud quem deponitur, *l.* 7. §. *sed & si*, 15. *eod. l.* 1. §. *sæpe evenit*, 35. *depos. l. contractus*, 23. *de reg. jur.* ne jumenti vitiosi aut morbosi venditor teneatur emptori actione redhibitoria, *l.* 31. *hoc tit.* Licet enim id pactum fiat contra edictum ædilium, ad rem tamen paciscentium privatam & familiarem tantum spectat, & renuntiationem continet beneficii emptorii edicto ædilitio concessi. Item si fideicommissi onere invicem gravati sint filii, potest precaria hæc substitutio mutuo consensu remitti, *l. cum proponas*, 16. *C. eod.* cui simile exemplum est, quod proponitur *l.* 1. *C. eod.* cum quis spem fideicommissi conditionalis sibi delati pacto remittit, & pro ea remissione qui vicissim accipit. Ex eadem regula & illud est, quod si inter emptorem & venditorem convenerit, ut venditor de evictione non teneatur, pactio servanda sit *l. in emptionibus*, 43. *eod. l.* 11. §. *ult. de act. empt.*

1. De iis vero rebus, quæ ad causam publicam pertinent, pacisci non possumus; puta si quis paciscatur, ne operis novi nuntiationem, quæ reipub. causa facta est, exequatur, *l.* 7. §. *si paciscar*, 14. *h. t.* nam jus publicum privatorum pactis mutari non potest, *l. jus publicum*, 38. *eod.* Et hoc est, quod generaliter definit Ulpianus *d. l.* 7. §. *& generaliter*, quoties pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportere: *a jure communi*, dictum videtur pro a jure singulorum & re cujusque privata, *l. si unus*, 27. §. *pacta*, 4. *eod.* Et ideo si is, cui oppignoratur prædium, paciscatur cum debitore, ne onus tributi prædii oppignorati agnoscat, sed ejus solvendi necessitas incumbat debitori, hoc pacto non convellitur forma juris fiscalis, *l. inter debitorem*, 42. *eod.* quanquam quod ad paciscentes attinet justum, ac proinde servandum est, *l. epistola*, 52. §. 2. *eod. l. ult. C. sin. cens. vel reliq.*

2. Aliter hæc cum Græcis explicat Cujac. *lib.* 1. *obs.* 24. res autem eodem recidit. Similiter non valent pacta, quæ contra juris civilis regulas seu contra formam juris civilis aut prætorii fiunt, *l. contra*, 28. *h. t. l.* 27. *de reg. jur.* veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit ne a debitore suo petat, *d. l.* 28. aut si convenerit, ne omnino, vel ut longiore tempore dos reddatur, *l.* 2. *l.* 12. §. 1. *l. licet*, 18. *de pact. dot.* aut si constante matrimonio vir & uxor paciscantur, ne ob res donatas ageretur, *l.* 5. §. 1. *d. tit.* Item si quis cum aliquo paciscatur, ne ejus frater sit. Nam jus agnationis aut cognationis pacto tolli non potest, *l. jus agnationis*, 34. *h. t.* Conjunctio sanguinis necessaria est & naturalis conjunctio, quæ ex voluntate arbitriove nostro non pendet. Quam ob causam Isocrates amicitiam consanguinitate potiorem esse dicebat, quod hæc *ἐκ τῆς ἀνάγκης, ex necessitate*, illa *ἐκ τῆς προαιρέσεως, ex voluntate* proficiscatur. Eademque est ratio sententiæ, si forte judex adeo excors sit, ut agnationem inter duos existentem ratione aliqua motus dirimat; aliter atque si nullam inter eos agnationem esse pronuntiet, quo casu merito jus facit sententia & pro veritate habetur, *l.* 1. *in fin. l.* 2. *l.* 3. *pr. de lib. agnosc.* Et in universum status hominis vel conditio personæ pactis mutari non potest, *l. liberor*, 10. *C. de lib. causa.* Denique sicut pacto effici non potest, ut is agnatus sit, qui agnatus non est, nec contra: ita quoque ut coheres sit aliquis, cui neque testamento neque lege defertur hereditas, frustra cavemus, *l. epistola*, 52. *pr. h. t.*

3. Quæsitum est, an valeat conventio vivo adhuc testatore facta, ne heres Falcidia utatur, & certam pecuniam, si contra fecerit præstat? Et Papinianus in *l. quod bonis*, 15. §. 1. *ad leg. Falc.* respondet hujusmodi conventionem tanquam juri publico contrariam non valere. Qua eadem ratione nec testator ipse olim in suo testamento Falcidiam prohibere potuit: quia ne-

mo.

mo potest in testamento suo cavere, ne legata in suo testamento locum habeant, *l. nemo potest*, 55. *de legat.* 1. Cæterum quoniam jure novissimo testatori permissum est vetare, ne heres Falcidia utatur. *Nov.* 1. *c.* 2. putavit Cujacius in *l. pactum* 46. *h. t.* & cum Cujacio Busius, hodie etiam vivo testatore privata conventione remitti Falcidiam posse, contra responsum Papiniani in *d. l. quod bonis*, §. 1. *ad l. Falcid.* Quod probare non possum. Abutitur Cujacius ratione Jurisconsulti, dum eam nimis generaliter accipit. Quod potest fieri, inquit, testamento, potest & pacto. Verum est; sed id demum procedit mortuo testatore, cum jam hereditas aut legatum delatum est, aut saltem testamentum morte confirmatum, ut jam amplius voluntas revocari nequeat.

4. Hæc enim est sententia *d. l.* 46. sicut testator potuit testamento suo cavere, ne ab herede satisdatio legatorum nomine exigatur, ita & post mortem testatoris legatarius, qui satisdationem exigere poterat, eam pacto potest heredi remittere. Neque vero cur olim heres Falcidiam vivo testatore remittere non potuerit, hæc ratio est, quod nec testator huic legi derogare potuit; sed hæc, quod eo tempore institutus needum heres dici potest, nec ullum plane jus ei natum est, cum testamentum pro libitu testatoris mutari queat: quæ ratio etiamnum obtinet. Et sic omnino accipiendum, quod Jurisconsultus in *d. l.* 46. ait licere sui juris persecutionem aut spem futuræ perceptionis deteriorem constituere: nimirum non juris prorsus incerti, & quod in nuda atque imaginaria spe positum sit, cujus remissio jure nostro nullum momentum habet: sed juris aut jam delati, aut alias ita oblati, ut nisi die aut conditione differretur, statim illud agnoscendo acquirere possemus. Sane post mortem testatoris conventio facta, ne heres Falcidia utatur, valet: eaque Ulpiani sententia est in *l. qui quod*, 46. *ad leg. Falcid.* & Marcelli in *l. si patronus*, 20. §. 1. *de donat.* confirmata a Justiniano *l. ult. C. ad leg. Falc.* ex quo loco apparet inter veteres etiam de hoc ipso dubitatum fuisse. Eadem ratione sanxit idem Justinianus, ut si quis a patre certas res pecuniamve acceperit, pactusque fuerit de querela inofficiosi adversus patris testamentum non movenda, hujusmodi pacto non prægravetur, possitque nihilominus non agnitum patris judicium oppugnare: quamvis post mortem patris recte paciscatur de querela inofficiosi, quæ jam ei nata est, non movenda, eique renuntiare possit, *l. si quando*, 35. §. 1. & 2. *C. de inoff. test.* additur & hæc ratio, quod filii meritis magis ad paterna obsequia provocandi sunt, quam pactionibus adstringendi.

5. Hoc amplius putat Ant. Faber non valere conventionem, quantumvis post mortem testatoris factam, de remittendo legato aut fideicommisso conditionali. Valet quidem talis pactio, si transactionis causa facta sit aliquo accepto vel retento, *l.* 1. *C. h. t. l.* 11. *C. de transact.* Sed valere negat Faber eam, quæ fit gratuito & citra causam transactionis tantum animo remittendi. Et quare? quia, inquit, tale pactum destruit voluntatem testatoris, quam ex contrario transactio præsupponit, facit Paul. 4. *sent.* 1. §. *rogati.* Ego autem didici etiam gratis paciscendi licere, *l. & uni*, 21. §. 4. *h. t. l. cum proponas*, 16. *C. eod.* Nec obstat, quod legatum aut fideicommissum pendente conditione repudiare non possumus, *l. si ita scriptum*, 45. §. 1. *de legat.* 2. nam repudiationis & pacti diversa ratio est. Non repudiantur nisi quæ jam delata sunt, *l. is qui*, 13. *l. nec is qui*, 17. *in fin. cum l. seq. de acq. her. l. delata*, 151. *de verb. sign.* pacto remitti possunt & quæ nondum delata *d. l. & uni*, 21. §. 4. *d. l.* 1. & *d. l.* 16. *C. de pact.* Qui repudiat, remittit in præsens, quod ei delatum est & poterat agnoscendo acquirere. At legatum conditionale non defertur, ac proinde nec acquiri potest, quamdiu pendet conditio, mortuoque ante conditionem existentem legatario ad heredem ejus non transmittitur, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l.* 1. §. *fin autem*, 7. *C. de caduc. toll.* Qui autem paciscitur, potest etiam in futurum remittere, scilicet cum legatum vel fideicommissum deberi & peti posse cœperit. Qui repudiat, dicit se nolle rem, quæ delata est, ad se pertinere: qui paciscitur, hoc dicit, se etsi post cæperit res deberi, tamen eam non petiturum. Quin nec repudiari potest legatum, cujus dies nondum venit, licet cesserit, veluti si ex certa die nobis legatum sit, *d. l.* 45. §. *de legat.* 2. Gadd. *c.* 6. *de contr. & comm. stip. n.* 15. & *seq. post* Alciat. Dom. & *alios ad d. l.* 1. *C. h. t.* Zalius in *l.* 17. §. *pen. h. t.* etiam affert rationem: quia repudiatio tantum nititur consensu unius, & est fragilis: sed pactum nititur consensu utriusque, legatarii & heredis.

6. Cæterum nostrorum temporum simplicitas, hanc juris Romani subtilitatem, ut nimis scrupulosam, insuper habet: possumusque hodie post mortem testatoris non tantum transigere aut pacisci de hereditate legatove aut fideicommisso sub conditione relictis; verum etiam pendente adhuc conditione ea repudiare. Bern. Autumn. *cens.* Gall. *ad d. l.* 53. §. 1. & *ibid.* Groenevveg. *tr. de ll. abrog.* qui tamen male huic mori præsidium petit ex *d. l.* 2. *C. h. t. l. de fideicommisso*, 11. *C. de transact.*

7. De controversiis, quæ ex testamento oriuntur, placet non aliter recte transigi, quam inspectis cognitisque testamenti verbis, *l.* 6. *ubi Gloss.* & *DD. de transact.* Unde quæsitum, an hoc ipso etiam prohibita videri debeat, gratuita de hujusmodi controversiis pactio facta ante tabularum inspectionem. Affirmat Bart. *in d. l.* 6. negant Castrens. & Jason; quorum sententia meo judicio probabilior; eaque defenditur his argumentis. 1. Quia *d. l.* 6. ubi transactio

duntaxat prohibetur, aliquid singulare continet, ac proinde extendi non debet. 2. Quia non potest quilibet legatum aut jus sibi delatum repudiare. 3. Quia inter pactum & transactionem in casu proposito magna differentia est: quippe qui transigit, accepto forte minimo pro magna summa, decipitur; cum utique velit habere, quod sibi ex testamento debetur: at is, qui ultro totum remittit, non decipitur.

8. Huic quæstioni affinis est & illa, an quis alimenta sibi testamento relicta ex liberalitate donationis causa remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætoris auctoritatem pacisci liceat, quamvis de his transigere sine prætore licitum non sit, *l.* 8. *per tot. de transact.* Et puto licere, idque ob hasce rationes. 1. Quia id nullibi prohibetur: est autem transactio ex genere prohibitorum. 2. Quia hæc transactionis prohibitio est contra regulas juris communis, ideoque non producenda ad consequentias, *l. quod vero*, 14. *& seq. de legib.* 3. Quia nemo prohibetur, quod sibi relictum est, repudiare & contemnere. Et quæso qua ratione quis impeditur, quo minus omittat & non petat, quod sibi relictum est? Quid denique interest, utrum non petat prorsus repudietve an remittat? 4. In pacto cessat ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris requirit, ne scilicet alimentarius circumveniatur: non enim videri potest decipi, qui ultro remittit: sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum in præsens habere, quam singulis annis particulam. Visum est voluntatem testatoris conservari ei, qui liberalitate ejus uti velit, non qui contemneret. Nam movet, quod relatum est in *d. l.* 8. *si uni*, 15. *de transact.* non posse alimentarium inconsulto prætore fundum in alimenta oppigneratum liberare: Nam qui vult alimenta persequi, sine prætore nihil facere potest, quo eorum conditio deterior fiat. In eadem autem *l.* 8. §. *si prætor*, 17. non de alimentario remittente, sed de prætore negligente agitur. Porro pacta de re impossibili facta, aut quæ turpem & inhonestam causam continent, quæve contra leges, aut bonos mores fiunt, nullius momenti sunt, *l.* 7. §. *ait prætor*, 7. *l. si unus*, 27. §. 3. *&* 4. *h. t. l.* 6. *C. eod. l. generaliter*, 26. *& seq. de verb. obl.* puta de faciendo, aliove quovis maleficio. Sed & si quis paciscatur cum aliquo, ne ob dolum suum aut furtum teneatur, si postea admissum fuerit, ex æquo reprobatur hoc pactum, cum magna sit illecebra peccandi spes impunitatis, *d. l. si unus*, §. 4. Diversa causa est ejus pacti, quo convenit, ut ne quod maleficium peteretur. Cur enim de eo, quod legibus cavetur, pacisci hominibus privatis non liceat? *l. non impossibile*, 50. *eod.* Cæterum si ob eandem causam promittatur pecunia, nulla nascitur obligatio propter turpitudinem conventionis, *dict. leg.* 7. §. *si ob maleficium*, 3. *eodem.*

9. Inter pacta, quæ contra bonos mores fiunt, memoratur & pactum, quo causidicus a litigatore litem redimit, τῆς δίκης μοῖραν, sc. quo convenit, ut nomine mercedis certam partem ejus pecuniæ, quæ adjudicata fuerit, vel majorem aliquam summam in eventum litis accipiat, *l. sumptus*, 53. *eod. l.* 7. *mand. l.* 5. *C. de postul.* Nam ejusmodi pactio causidicis calumniose litigandi occasionem præbet, iisque artibus & strophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro ac litibus triti vel nolentes edis(c)unt. Lite autem finita pacisci vetitum non est de parte residui debiti remittenda advocato ob causam pro ejus patrimonio & fide defensam, *l.* 5. *C. h. t.* Perez. *ad d. tit. n.* 5. Illæ quoque conventiones & pacta, ut turpia & bonis moribus contraria, jure civili improbantur, quæ circa viventis fiunt successionem sive obtinendam sive repudiandam. Sed de hoc genere dicemus ex professo cap. seq.

10. Hoc autem loco intempestive quæritur, an non saltem pactio, quæ per se non valet, vires accipiat a jurejurando, quod ejus confirmandæ gratia adhibitum est. Et Ulpianus in *d. l.* 7. §. *& generaliter*, 16. *hoc tit.* auctoritate Marcelli probat, hoc jusjurandum non majorem pacto vim tribuere, quam pactum per se habet. Et sane si conventio ideo non valet, quia natura aut turpis est aut iniqua, non debet a jurejurando ullum robur accipere, cum jusjurandum non debeat esse vinculum turpitudinis aut iniquitatis, *c.* 1. *extr. de jurejur. c. inter cætera*, 2. *q.* 4. Sed disceptationem habere potest, si lex aliqua civilis conventionem, quæ alioqui ratione adjecti per se sit ἀδιάφορος, tantum contemplatione alicujus utilitatis, quæ principaliter non universos, sed singulos respiciat, valere non patiatur, an ea jurejurando firmata servari debeat, verbi causa; non valet donatio inter virum & uxorem, nec ea, quæ excedit summam quingentorum aureorum, nisi actis insinuata fit: non peccat tamen, qui donationes istas non revocat. Gall. 2. *obs.* 39. *& seq.* ubi & plura hujus generis exempla. Et siquidem hoc solum quæritur, an tale jusjurandum jure civili sit efficax aut obligatorium, constanter dicimus nullam eo jure vim habere, multoque minus confirmare posse conventionem, quæ jure civili nullius momenti sit, *l.* 5. *C. de legib. d. l.* 7. §. *& generaliter*, 16. *h. t. l. si quis inquilinus*, 112. §. *ult. de legat.* 1. Cæterum dicere ne conscientiam quidem jurantis religione obstringi ejus juramenti, quod neque iniquum per se nec contra bonos mores sit, nimis grave est. Recte ergo & verbo Dei convenienter juramentis omnibus sponte præstitis hæc vis jure canonico tributa est, ut sine exceptione servari debeant, si servata non redundent in alterius præjudicium, nec in dispendium vergant æternæ salutis, *cap. cum contin-*

tingat, 28. *ext. de jurejur. cap. quamvis*, *de pact. in 6. cap. non est obligatorium, de reg. iur. in 6.* Atque hoc in foro quoque seculari hodie servandum esse volunt. Coller. *de process. part. 1. cap. 10. num. 215.* Gail. 2. *obs.* 39. *& seq.* & ibi citati.

CAPUT XIX.

De pactis circa successiones.

1. *Pactiones de viventis hereditate obtinenda legibus nostris improbatæ: & quæ hujus rei ratio.*
2. *Non excipiuntur pacta de successione mutua, nisi militum ad communem Martis aleam pergentium.*
3. *Defenditur contra communem pacta hujusmodi natura turpia non esse.*
4. *Respondetur ad locum Papiniani in* l. 29. §. 2. de donat.
5. *Varia variarum gentium pacta circa mutuam successionem.*
6. *Concluditur ex præcedentibus, posse statuto induci, ut pactis hereditas detur; & jure Canonico hujusmodi pacta juramento confirmari.*
7. *Pactionem de obventura hereditate generaliter conceptam sine designatione certæ personæ valere.*
8. *Eandem pactionem non valere, si is, de cujus hereditate agitur, certus sit, nisi is consentiat, & in voluntate usque ad extremum perseveret.*
9. *Aliter, quam vulgo, exponitur* l. 2. §. 2. de hered. vel act. vend.
10. *Explicatio* §. ult. Inst. de leg. agn. success.
11. *Pactis hereditatem non magis conservari, quam dari posse, contra quam vulgo creditur, multis documentis ostenditur.*
12. *Respondetur ad argumentum in contrarium allatum ex* leg. non aliter, 18. de adoption.
13. *Etiam pacta de non succedendo improbata esse, sed tamen hæc minus odiosa, quam illa de succedendo, & cur minus odiosa.*
14. *Quibus distinctionibus adhibitis respondendum, cum quæritur, an pactum quo successioni renuntiatur, valeat, si renuntians tantum acceperit, quantum ei obventurum fuerat.*

1. APUD Romanos turpe atque impudens habitum fuit, de hereditate viventis solicitum esse: ob eamque causam pactiones de futura successione, quæ heredipetis captandæ mortis alienæ, & moræ vulturum cadaver (ut ajunt) expectandi occasionem præbent, ut odiosæ ac periculosæ, legibus civilibus merito improbatæ sunt: quales illæ in primis, quæ fiunt de hereditate viventis obtinenda; interpretes pacta de succedendo affirmativa vocant: ut ecce, pactus sum cum Titio, ut ille me, aut ego illum heredem facerem, vel ut ille mihi, ego illi succederem; hæc conventio inutilis est, *l. pactum*, 15. *C. h. t. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. 4. C. de inut. stip.* in tantum ut nec pœna in contrarium promissa peti possit, *l. stipulatio*, 61. *de verb. obl.* Idque non unam ob causam constitutum est: primum ne turbetur ordo publicus, quo hereditates deferuntur; non deferuntur autem nisi testamento aut lege, *d. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dot. l. ult. de suis & legit.* §. *ult Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Deinde quia hujusmodi pactio tollit aut constringit libertatem testandi, quod leges nostræ aversantur, *l. 1. C. sacros. eccles. d. l. 15. C. h. t.* Pactio enim revocari nequit, *l. 5. C. de obl. & act.* voluntas autem testatoris ambulatoria esse debet usque ad vitæ supremum exitum, *l. 4. de adim. leg.* Tertio quia contra bonos mores esse tales pactiones creduntur, ut quæ votum inducant desiderandæ & captandæ mortis alienæ, *d. l. stipul. 61, de verb. obl. l. 4. C. de inut. stip. l. 11. C. de transact.*

2. Cumque eædem rationes militent & in pactis reciprocis de successione mutua, ne hæc quidem jure nostro rata esse recte defendit Gœdd. *tr. de contr. commit. stip. c. 6. concl. 7. n.* 82. contra Mynſ. *obs.* 31. *&* Gail. 2. *obs.* 126. Atque hoc satis perspicue elucet ex *l. licet*, 19. *C. h. t.* ubi nominatim etiam mutua hujusmodi pacta improbantur exceptis militum ad discrimen prælii pergentium, ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντων Bas. *hoc. t. c.* 60. in quo jus singulare, quod ad consequentias trahi non oportet, *l. 14. & seq. de leg.* Et tamen ne hoc quidem casu pacta commilitonum περὶ ἀλλήλων κληρονομίας valent in vim pacti, sed in vim ultimæ voluntatis ac reciprocæ institutionis, ut pro arbitrio paciscentium revocari queant, sicut recte docet Cyn. *in l. ult. C. h. t. n.* 19. & DD. comm. *d. l. licet.*, 19. *C. eod.* add. Boer. *dec.* 204. *n.* 14. *& seq.* Itaque pacta illa reciproca de succedendo inter conjuges facta in dotalibus instrumentis, quæ hodie plerisque locis recepta, non tam sustinentur auctoritate juris, quam vi consuetudinis aut legis municipalis. Et quoniam istiusmodi pacta liberam testandi potestatem constringunt, votumque inducunt captandæ mortis, atque ideo bonis moribus contraria esse dicuntur, ob hanc causam nec statuto nec jurejurando ea confirmari posse plerique tradiderunt. Borcholt. *tract. de pact. cap. 5. num. 66. & seqq.* Gail. 2. *obs.* 125. Sichard. *in lib. 3. num. 3. C. de collat.* Fachin. 8. *contr.* 72. *& ibi alleg.* qua tamen in re vix est, ut iis simpliciter assentiri queam.

3. Etenim si deposita juris civilis auctoritate ex ratione juris naturæ aut gentium rem æstimare velimus, non sunt talia pacta natura turpia, sed more civitatis Romanæ, sive, ut Cujacius in *l.* 26. *de verb. obl.* sunt contra bonos mores populi Romani. Nam primo natura turpe

non esse libertatem coercere testandi ex eo patet, quod multis etiam e repub. visum est, nimiam testandi licentiam præcidere, utique hactenus, ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib. 5. de repub. cap. 2.* auctor est, solis Atheniensibus usurpatam fuisse infinitam illam legandi licentiam, eamque ab his acceptam Decemviros in duodecim tabulas retulisse: Cæterarum autem gentium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret; eoque jure adhuc Polonos, Danos, Suecos, aliosque populos uti. Sed & apud gentes quasdam nullus omnino testamentorum usus fuit, ut apud Germanos teste Tacito *de morib. Germ.* ac ne nunc quidem testamenti faciendi jus obtinet in Geldria & diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ finitimis. Ut proinde liberæ istius facultatis testandi, non usque adeo magna ratio habenda videatur, præsertim quod ad eas personas attinet, quibus alias debetur hereditas. Sed & Imperator Leo qui ob singularem sapientiam Philosophus appellatus est in *Nov.* 19. aperte *d. l. pactum quod*, 15. *C. h. t.* ut iniquam damnat & abrogat, eo quod statuat *ἐναντία τῆς φυσικῆς παρὰ γονέων τέκνοις ὀφειλομένης ἰσότητος, ἀδικίας δὲ θύραν ἀνοίγει κατὰ τοῦ παιδὸς τῷ πατρί*, &c. *contraria naturalis quæ a patribus liberis debetur, æqualitatis, patrique adversus filium ad iniquitatem fenestram aperiat*. Atque hanc Leonis constitutionem, qua abrogatur *d. l. pactum quod*, Gallorum moribus receptam esse testatur Cujac. in *leg. 26. de verb. oblig.* Altera illa ratio, quod hujusmodi pacta inducant votum captandæ mortis, & consequenter peccandi præbeant occasionem, neque certa est, neque necessaria. Quorundam vero hominum improbitas impedire non debet, quominus id quod in se nullam iniquitatem aut turpitudinem continet, jure publico fieri permittatur. Et alioqui eadem ratione nec bonorum omnium donatio retento usufructu *l. si quis argentum*, 35. §. *sed si quidem*, 5. *C. de donat.* nec pupillaris substitutio in iisdem tabulis scripta, quibus pater sibi heredem instituit, §. *sin autem*, 3. *Inst. de pupil. substit.* nec mortis causa donationes, nec denique heredis palam facta nuncupatio permittenda fuerit; quæ tamen omnia jure civili permissa sunt: & haud dubie ideo, quia certum & constans votum captandæ mortis non inducunt.

4. Non movet *l. 29. §. 2. de donat.* ubi Papinianus satis aperte indicat, paciscentes de hereditate viventis adversus bonos mores & jus gentium facere & festinare. Nam in hoc genus disputationum non auctoritate, sed ratione certandum est: & solent Jurisconsulti Romani etiam id appellare jus gentium, quod a lege civili vim accepit, non solius populi Romani, sed aliarum quoque circa nationum; quod tamen cum non sit pars illius juris communis, quod proprie jus gentium dicitur, sed ad cujusque populi indolem accommodatum sit, ab uno populo aliis inconsultis mutari potest, ut multis ostendit Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 8. & lib. 3. c. 6. & seqq.*

5. In Germania valent pacta, ut vocant fraternitatum de mutua successione inter Principes, aut alias illustres personas; item pacta de unione prolium, de quibus Gail. 2. *obs.* 125. & 127. Quibusdam in locis etiam pactis dotalibus super hereditate vel tota, vel pro parte ita mutuo disponitur, ut ea dispositio altera parte invita aut ignorante revocari nequeat, *constit. Palatin. tit. 5. von testamentem und lesten vvillen*. Apud alios ita, ut tamen alter inscio aut invito altero dispositionem mutare possit: rata autem maneat, si mutata non fuerit. Sichard. *in l. 3. C. de collat.* Mynl. 2. *obs.* 33. Boer. *dec.* 294. *n.* 16. VVesemb. *cons.* 63. *in fin.* Quæ autem natura turpia sunt, & honestati contraria, ea semper & ubique turpia sunt, saltem apud gentes moratiores, & bene secundum naturam se habentes. Apud nos etiam pactum dotale, quo parens, qui alteri superstes erit, ad successionem ultimi ex liberis defuncti vocatur, subsistit, tametsi lex patria parentem superstitem ab hereditate liberorum secludat. Neostad. *rer. judic.* 2. Et quamvis non ob id vero pacto dentur hereditates, cum pacto datum actionis jure exigi possit; hereditates autem pacto datæ nullam actionem pariant, sed unius voluntate revocari queant, & hoc tantum pactis sponsalitiis agatur, ut contrahentium singuli sibi liberisque suis jus succedendi ab intestato eligant, vel novum, si velint, constituant: lege tamen caveri honeste potest, ut ne liceat talia pacta invito aut ignorante altero revocare. Imo non satis honeste facere videtur, qui illa clam altero revocat citra gravem causam.

6. Ex quibus omnibus effici videtur, posse jure publico constitui, ut etiam pactis hereditas detur, si non simpliciter & absolute; utique tamen multis casibus, veluti inter virum & uxorem, inter fratres & sorores, cæterasque personas, quæ alias jure legitimo aut honorario ad successionem venturæ sunt. Forte & morum populi innocentia spectanda, in quem ob id sinistra illa suspicio non facile cadat. Unde Zasius dicebat, ea quæ de voto captandæ mortis proferuntur, Italis esse relinquenda, *consil.* 1. *n.* 38. *lib.* 2. quod si statuto, (utique quod legis vim habet) induci potest, ut pacto detur hereditas, poterit & juramento talis pactio confirmari, ratumque id jusjurandum erit jure canonico, quia servari potest sine dispendio salutis, per ea, quæ *cap. praeced.* Bald. *in c. 1. §. mortibus, si de feud. def. content. sit int. dom. & agn. vas.* Decius *cons.* 516. *n.* 5. & *cons.* 656. *n.* 12. Cravett. *cons.* 139. *n.* 8. Joann. Ramat. *in c. quamvis extr. de pact. in 6. n.* 17. & *seq.* Menoch. *cons.* 1. *n.* 168. Pacti affirmativi de succedendo speciem faciunt & pactionem de hereditate tertii;

cæ

cæterum minus rectè. Nam tali pacto agitur de succedendo, neque ex eo pati aut vindicari potest hereditas: sed nihil aliud est, quam conventio de communicanda aut dividenda hereditate obventura.

7. Et siquidem tale pactum generaliter conceptum fuerit, nullius certi hominis designata hereditate, veluti si inter duos ita coita sit societas, ut si qua hereditas alterutri obvenerit, ea communis sit, placet conventionem valere, *l.* 3. §. 2. *pro soc.* Ratio est, quoniam cum in genere de incerti hominis hereditate obventura paciscimur, caret illa conventio omnibus illis incommodis, ob quæ diximus de hereditate viventis jure nostro improbari.

8. Si vero is tertius, de cujus hereditate agitur, certus sit, puta si duo paciscantur de hereditate Titii, quam forte jure legitimo sibi obventuram sperant, talis quoque conventio inutilis est, eamque diserte improbat Justinianus, propterea quod incivile & contra bonos mores sit, viventis hominis bona in sortem & divisionem vocare, atque ita quasi mortem ejus voto & spe præcipere, *l. ult. C. h. t.* addit tamen temperamentum aliquod, nempe ut ita non valeat superior pactio, nisi is, de cujus bonis agitur, consentiat, & in ea voluntate ad extremum usque vitæ spatium perseveret, quo casu hujusmodi pactionem vult ratam haberi. Non exigit, ut in ipso instanti, quo fit ista conventio, consensus hic interveniat: & ideo licet ab initio tale pactum factum sit inscio illo tertio, de cujus hereditate agitur, si tamen is certior factus postea consenserit, in eaque voluntate perseveraverit, putat pactionem confirmari. Et quid refert, an tunc, an post vel ante consensus intervenerit, ut nulla consentienti injuria fieri intelligatur? Ant. Fab. *Cod. suo for. hoc tit. defin.* 10. dissentit tamen Jul. Pacius in *d. l. ult.* sed levi argumento, quod cuivis promptum solvere.

9. Huic autem sententiæ, quod non valet pactio de hominis certi hereditate, objicitur *l.* 2. §. 1. *de hæd. vel act. vend.* ubi Ulpianus scribit substitutum impuberis rectè vendere hereditatem impuberis, & maxime si ea jam delata sit. Ergo valet ea venditio, sive jam impuberis hereditas delata sit, sive non sit: ex quo effici videtur, valere venditionem hereditatis impuberis etiam adhuc viventis. Respondent nonnulli particulam *maxime*, quæ nota est collationis, in *d. l.* 2. §. 2. positam esse pro *utique*, quæ nota est *ἀναγκαίας* ut hic sit sensus, valere venditionem hereditatis impuberis, cæterum ita, si jam delata sit, hoc est, si impubes jam mortuus sit. Bronch. *cent.* 1. *assert.* 30. Diod. Tulden. *C. de pact. n.* 6. Sed non est necesse, ut ad hanc responsionem confugiamus, imo falsum est non posse vendi hereditatem, nisi quæ delata sit. Potest enim vendi & quæ nondum delata est, puta si vendatur pendente conditione, sub qua venditor heres institutus est, & in specie *d. l.* 2. §. 2. substitutus est impuberi. Cæterum ita, dum sit hereditas, si testator aut impubes jam mortuus sit: nam viventis nulla est hereditas, *l.* 1. *de her. vend. facit l.* & *uni* 21. §. 4. *h. t. l.* 1. *l. cum proponas*, 16. *C. eod.* add. *c. præced.* Unde apparet vitiosam esse hanc collectionem, pacisci licet etiam de hereditate nondum delata, ergo & de hereditate viventis. Ita & Jul. Pacius ad *l. ult. C. h. t.*

10. Objici solet & quod scriptum est in §. *ult. Inst. de leg. ag. success.* patrem, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi remancipatos manumittit, ex eo consequi, ut legitimam eorum successionem obtineat. Sed hoc non eam habet significationem, quasi pater ea lege emanciparet liberos, in ipsis succederet: sed cum emancipatione liberi mancipárentur alii, atque ita traderentur in imaginariam quamdam servitutem *l.* 3. §. 1. *de cap. min.* §. *præterea*, 6. *Inst. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ne in ea servitute manerent, mancipabantur contracta fiducia, id est ea lege, ut patri ab emptore imaginatio emanciparentur, quo ipse deinde eos manumitteret: quæ conventio ad potestatem liberorum, non ad eorum hereditatem obtinendam pertinuit. Quamquam si ex lege fiduciæ sibi remancipatos pater manumisisset, in eorum bonis jus legitimæ successionis nanciscebantur, *d.* §. *Instit. de legit. agnat. success.*

11. Quidam existimaverunt, etsi hereditas pactis dari non potest, posse tamen pactis conservari, *arg. l. non aliter*, 18. *cum seqq. de adopt. l. quidam*, 132. *de verb. oblig. cum similib.* Sichard. *in authent. non licet*, *C. de lib. præt. n.* 18. Gœdd. *de contr. stip. concl.* 6. *n.* 88. Bart. *in l. ult. C. h. t.* quod & ipsum tamen verum non esse bene post Bologn. *in d. l. ult. n.* 93. ostendit Tim. Fab. *anniversf. disp.* 22. 1. quia ut filius a patre naturali in adoptionem extraneæ personæ datus jura sui heredis apud patrem naturalem retineret, lege opus fuit, *l. pen. C. de adopt.* §. *sed ea omnia*, 14. *Inst. de her. quæ ab int. def.* 2. quia nec filius, quem pater emancipat, retinere sibi potest jus legitimæ successionis in bonis patris, nec agnati in facultatibus emancipati, nec pater filio, quem dat in adoptionem, *d. l. pen. C. de adopt. d.* §. *sed ea*, 14. & §. *emancipati*, 9. *Inst. de her. quæ ab int.* 3. Quia nemo potest libertatem de supremis judiciis constringere, vel cognatum ulteriorem proximioribus paciscendo præferre, *l. cum duobus*, 52. *idem respondit*, 9. *pro soc.* Sic in specie *l. pactum quod*, 15. *C. hoc tit.* pacto non potuit pater servare successionem filiæ: quemadmodum nec in casu *d. l. quidam*, 132. vers. *quare sic. de verb. oblig.* sed conventio illic proposita non ad aliud prodest, quam ut pœna promissa, si contra factum sit, committatur: qui locus proinde non oppugnat, sed confirmat hanc sententiam.

12. Similiter non obstat huic sententiæ, quod adro-

adrogator impuberis tenetur cavere servo publico, se, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum ea, quæ ex bonis ejus consecutus est, illis, ad quos ea res pertinet, *l. non aliter*, 18. *& seqq. de adopt.* Nam hæc cautio non ad conservationem juris eorum, ad quos alias res perventura esset, pertinet; qui & omissa ea idem juris haberent, *l. his verbis*, 19. §. 1. *d. tit.* sed ad eorum securitatem. Adveniente denique ea adrogati ætate, qua testamentum facere possunt, qui sui sunt juris, evanescit, §. 3. *Inst. eod.*

13. Non tantum pactum affirmativum de succedendo, verum etiam negativum de non succedendo jure nostro improbatur, puta quo quis futuræ successioni renunciat, *l. ult. de suis & legit. her. l. 3. C. de collat. c. quamvis, ext. h. t. in 6.* Hoc vero pactum, cum nec libertatem testandi impediat, nec votum inducat captandæ mortis alienæ, longe minus odiosum est, quam superius illud de succedendo: & ideo a statuto robur accipere posse pene extra controversiam est, & jurejurando quoque confirmari Canones expresse voluerunt, *d. c. quamvis*. Tantum ideo improbatum est, quia privatorum cautiones, auctoritate legum, quæ certos duntaxat modos non modo acquirendæ, sed etiam amittendæ hereditatis constituunt, non censentur, *l. ult. de suis & legit.*

14. Quid si is, qui pactus est, tantum acceperit, quantum ei ex hereditate, cui renuntiavit, obventurum fuisset? Adhibenda hic non una distinctio. Primum interesse puto, utrum is renuntiaverit, qui solummodo jus habet succedendi ab intestato, an qui & jus querendi de inofficioso. Deinde an ille, cujus successioni renuntiatum est, testatus decesserit, an intestatus. Si intestatus, non obstante pacto, succedetur ex lege, ut tamen, quod renuntians accepit, reliquis conferatur, *l. 3. C. de coll.* Si vero testatus, cessat potestas legis proximo hereditatem deferentis, & illud quæritur, an vi renuntiationis & pacti renuntians a querela excludatur. Tametsi autem hoc quidam simpliciter affirmant, si quantitas accepta exæquet portionem legitimam, *arg. l. 1. §. 3. si ex a par. quis man.* referre tamen hic arbitror, quo titulo quid datum acceptumque sit; & præterea distinguendum inter jus vetus & novum; Jure veteri quod mortis causa donatum erat, quamvis filio, & nulla interveniente renuntiatione, id imputabatur in legitimam, & querelam excludebat, *l. 8. §. si quis mortis*, 9. *de inoff. test.* quod autem inter vivos donabatur non aliter, quam si ea contemplatione donaretur, ut in quartam habeteur, *l. si non*, 25. *d. tit.* Jure autem novo ne pactum quidem renuntiatorium obstat filio, *l. si quando*, 35. §. 1. *C. de inoff. testam.* multoque minus jure novissimo, quo liberi legitimam habere debent titulo institutionis. *Nov.* 115. c. 3. Ad hunc ferme modum hæc explicat & Bachov. ad Treutl. *disp. hoc titul. thes.* 8. ubi etiam observandum notat, quod in specie *d. l. 1. §. si a par. quis man.* patre non ipso jure, sed beneficio exceptionis excluditur: licet ibi non de querela inofficiosi, sed bonorum possessione contra tabulas agatur.

CAPUT XX.

De pactorum cæterarumque conventionum interpretatione.

1. *In omnibus negotiis, etiamsi verborum aliqua sit ambiguitas, primum spectandum esse, id quod actum est; atque ejus sententiam inspici, qui sermonem protulit.*
2. *Si non appareat, quid actum sit, id accipi debere, quod est verisimilius & rei gerendæ aptius, ut quod plerumque fieri solet.*
3. *Si ne illud quidem appareat, in dubio sequendum quod minus est, quod noceat ei, qui loqui potuit apertius.*
4. *Pactionem obscuram vel ambiguam non tantum venditori, locatori, stipulatori nocere; verum etiam emptori, conductori, promissori, si ipsi legem obscuram dixerint.*
5. *Species l.* si mihi & Titio, 110. §. 1. de verb. oblig.
6. *Respondetur* ad l. in lege, 29. locat.
7. *In judiciis orationem ambiguam pro actore interpretamur.*
8. *Redditur diversi hujus juris ratio.*
9. *Locus Ulpiani in* l. 5. §. ultim. de rei vend. *expositus.*

1. IN omnibus negotiis, etiamsi re constent, primum inspicienda est paciscentium & contrahentium voluntas, atque id quod actum est, pro cauto habendum, *l. semper*, 34. *de reg. jur. l. 3. de reb. cred.* & quamvis verborum aliqua sit ambiguitas, id tamen ante omnia spectari oportet, quod cogitatum taciteque actum est, *l. ubi*, 21. *l. cum in testamento*, 24. *de verb. dub. l. in lege*, 77. *de contr. empt.* Nam qui ambigue loquitur, id loqui intelligitur, quod ex his, quæ significantur, eum sensisse credibile est, *l. Nepos Proculo*, 125. *de verb. sign.* in quo placet ejus sententiam & affectionem maxime spectari qui sermonem protulit, τοῦ ἀποφηναμένου *l. in ambiguis*, 96. *l. rapienda*, 168. §. 1. *de reg. jur. l. 3. de reb. dub.* Atque hic habet locum, quod dici solet, unumquemque esse interpretem suorum verborum. Exempli causa, si quis triticum sibi dari stipulatus sit sine adjectione mensuræ, hæc quidem stipulatio imperfecta est, *l. ita stipulatus*, 115. *de verb oblig.* cæterum si forte ex tractatu prius habito appareat, de certi generis certæque quantitatis tritico cogitatum & actum esse, id pro expresso habebitur, *l. triticum*, 94. *eod.* Nec obstat *l. quidquid*, 99. *eod.* quoniam ille textus tunc demum

nium locum habet, quando non apparet, quid actum sit. Semper enim, etiam in stipulationibus, quod actum est, in primis attendi debet, *l. semper*, 34. *de reg. jur.* Aliud exemplum suppeditat *l. qui cum tutoribus*, 9. §. *ult. de tran sact.*

2. In dubio autem si non apparet, quid actum vel cogitatum sit, commodissimum est id accipi, quod rei gerendæ est aptius, *l. quoties*, 67. *de reg. jur.* seu quo res, de qua agitur, magis valeat & in toto sit, quam pereat, *l.* 12. *l. ubi* 21. *de reb. dub. l. quoties*, 80. *de verb. oblig.* Omnino autem hic inspiciendum erit, quod est verisimilius, *l. in obscuris*, 114. *de reg. jur.* Exempla habemus in *l. si venditor*, 38. §. 2. *ædil. empt. in lege*, 29. *locat.* & elegans in *l. insula*, 13. *qui pot. in pign.* ubi quod in lege venditionis non aperte dictum est, in dubio pro venditore Jurisconsultus interpretatur; quoniam ex conjecturis verisimile est id in specie illic proposita inter contrahentes actum esse, ut jus pignorum ob pensionem ab inquilino acceptorum ad venditorem primum pertineret, cui prioris anni pensio ex obligatione principali, quam pignus sequitur, accederet. Stipulatus est aliquis intra certum tempus Carthagini sibi dari, cum duæ sint Carthagines, verborum est ambiguitas. Cæterum etsi promissor cogitaverit de una, in quam intra id tempus perveniri non potest, stipulator autem de altera, stipulatoris potius accipietur sententia, & quoniam rei gerendæ aptior est: & alioqui res contracta toto in loco esse non potest, *l. ubi*, 21. *de reb. dub.* Eadem ratione, ut res magis valeat, quam pereat, in hac specie, cum tabernam debitor creditori pignori dederit, & quæsitum esset, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur, Scævola respondit, ea quæ mortis debitoris tempore in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videri, *l. pen. de pign.* Hoc enim inter contrahentes potius actum fuisse verisimile est. Sequemur autem in hujusmodi negotiis id quod in regione, in qua actum est, frequentatur, aut τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον γινόμενον Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 15. §. 15. quod plerumque fieri solet; *l. semper*, 34. *l. in obscuris*, 144. *de reg. jur.* Exempla in *l. quod si nolit*, 31. §. *quia assidua*, 20. *de ædil. edict. l. quæ conditio*, 30. §. 1. *de cond. & dem. l. si pactum*, 9. *de probat.*

3. Quod si ne id quidem appareat, locus erit regulæ Ulpianum in *l.* 9. *de reg. jur.* atque in dubio sequemur, quod minus est. Idque non in conventionibus tantum & contractibus observatur, *l. inter*, 83. §. 3. *l. quidquid* 99. *de verb. obl. l. ult. de præt. stipul.* verum etiam in aliis causis, puta in irrogatione Pœnarum, *l. si præses*, 32. *l. interpretatione*, 42. *de pæn.* in diversis judicum sententiis, *l. inter pares*, 38. §. 1. *de re jud. l. diem proferre*, 27. §. 3. *de rec. arbitr.* in testamentis, *l. cum servus*, 39. §. *scio*, 6. *de legat.* 1. *l. Sempronius* 47. *de legat.* 2. *l. qui concubinam*, 29. §. 1. *l. nummis* 75. *eod.* 3. Ex ejusdem regulæ ratione est, quod veteres probaverunt, in ambigua vel obscura oratione id accipi oportere, quod noceat ei, cui liberum fuit re integra loqui apertius, & verba latius concipere.

4. Et Papinianus quidem respondit, veteribus placuisse, pactionem obscuram vel ambiguam venditori & qui locavit, nocere: utpote in quorum potestate fuerit, legem apertius conscribere, *l. veteribus*, 39. *h. t.* ut & Paulus *l. in contrahenda*, 172. *de reg. jur.* Et Celsus, cum quæritur in stipulatione quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda esse ait: quia stipulatori liberum fuit verba late concipere, *l. quidquid*, 99. *de verb. obl. l. cum quæritur*, 26. *de reb. dub.* Quibus etiam hæ Græcorum regulæ *lib.* 11. Basil. & apud Harmen. *lib.* 1. *tit.* 15. conveniunt; αἱ τῆς ἀμφιβόλου λέξεως ἐπερωτήσεις κατὰ τοῦ ἐπερωτήσαντος ἑρμηνεύονται, item, τὸ ἀσαφὲς ἢ ἀμφίβολον σύμφωνον κατὰ τοῦ πράτου καὶ τοῦ μισθωτοῦντός ἐστι. Cæterum id ipsum quoque & in emptore & conductore, & promissore similiter admitti debet, si & ipsi legem obscuram dixerint, nec appareat, quid inter contrahentes actum sit. Etenim vel ipsa naturalis ratio docet, unumquemque contrahentium sibi imputare suæque imprudentiæ expensum ferre debere, quod non apertius locutus fuerit. Merito itaque Paulus pactum emptioni appositum secundum venditorem, contra emptorem, qui legem contractui dixerat, minusque aperte locutus fuerat, interpretatur in specie, *l. si in emptione*, 34. *pr. de contr. empt.* item Marcellus in *l. comprehensum*, 60. *eod.* Sed & Celsus in *d. l. quidquid*, 99. *de verb. obl.* postquam de stipulatore verba fecit, statim subjicit, de promissore in eamdem sententiam, *Nec rursum promissor ferendus est, si ejus intererit, de certis potius vasis forte aut hominibus actum esse*, quod valde circa hanc quæstionem considerandum arbitror: quoniam autem plerumque a venditore, locatore, stipulatore pactum interponitur & lex contractui dicitur, inde est, quod contra eos pactionem obscuram vel ambiguam exponi auctores nostri tradiderunt.

5. Quod si quis nunc quærat, cur Pomponius in *l. si mihi & Titio*, 113. *de verb. oblig.* respondeat, non quid senserit promissor, æstimari debere, sed stipulantis mentem spectandam esse. Dicam id ea ratione fieri, quia in casu illic proposito mens stipulantis cum rei veritate omnino congruat, & cum ipso loquendi usu, a quo mens promissoris aliena sit. Denique non esse ibi orationem ambiguam, nec tam contra promissorem ex mente stipulantis, quam ex re ipsa fieri æstimationem.

6. Similiter non obstat responsum Alfeni in *l. in lege*, 29. *locat.* Nam in dubio semper prius inspiciendum, quod verisimile est inter contrahentes

hentes actum esse, ut ante diximus: ait autem Alfenus hoc potius locatorem videri voluisse. Quod si quis propius rem animadvertat, reperiet vix ullam in verbis legi contractus a locatore appositis ambiguitatem inesse: verum ea cum aut late aut strictè sumi possint, late potius ac generaliter accipienda esse Jurisconsultus ait; nempe ne superfluo adjecta pacto videatur illa clausula, *neve finito*: cum etsi ea adjecta non esset, conductor sylvæ doli vel culpæ nomine teneretur, si quem urentem, cædentem, &c. deprehendens, non prohibuisset, ut notum est, ad hunc ferme modum & Jul. Pacius *cent. 2. qu. 7.* Hæc autem ita observantur in conventionibus & contrahendis negotiis, cum in dubio est, quid senserint, quid egerint paciscentes aut contrahentes.

7. In judiciis vero & actionibus exercendis aliud obtinet: quippe in quibus, si quæratur, quid actum sit, orationem ambiguam pro actore interpretamur. In contrahenda venditione, ait Paulus, ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est: ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori sit, *l. in contrahenda, 172. de reg. jur.* Cujus regulæ partem posteriorem Harmenopulus *ubi supra* sic interpretatur, *ἡ δὲ ἀμφίβολος ἀγωγὴ τὸ πρᾶγμα τοῦ ἐνάγοντος οὐ καταβλάπτει.* Id est, *ambigua vero actio rem actoris non lædit.* In eandem sententiam Ulpianus *l. si quis, 66. de judic. si quis*, inquit, *intentione ambigua vel oratione usus sit, id quod utilius ei est, accipiendum est*, quod a Græcis in *Basilic.* ita redditum, *ἡ ἀμφίβολος ἀγωγὴ καὶ ἀφήγησις ὑπὲρ τοῦ ποιήσαντος αὐτὴν ἑρμηνεύεται.* Nec mirum, cum non tantum actionem editam declarare, sed etiam emendare, & mutare quoque actori libeat, *l. 3. C. de edend.*

8. Finge igitur Stichum judicio petitum esse, cum ejusdem nominis plures servi essent apud debitorem: Is petitus videbitur, de quo actor senserit. At si Stichum stipulatus de alio censeam, tu de alio, nihil actum videri poterit, *l. inter stipulantem, 83. §. 1. de verb. obl.* ubi Paulus hujus differentiæ hanc esse rationem scribit, quod stipulatio ex utriusque consensu valet; judicium autem etiam in invitum redditur; & ideo actori potius credendum esse: alioquin semper negaturum reum se consensisse. Nimirum cum nulla sine consensu utriusque obligatio ex contractu oriri queat, *l. 1. §. 3. h. e. l. in omnibus, 55. de oblig. & act.* ideo in contrahenda obligatione non valet, quod actum est, si error aut dissensus eorum, qui contrahunt, intervenerit in re, de qua agitur corpore, *l. in venditionib. 9. de contr. empt. l. continuus, 137. pr. de verb. obl. §. si de alia, 22. Inst. de inut. stip.* Judicium vero propter dissensum actoris & rei non fit irritum, contraria videlicet ratione, quia hic utriusque consensus non requiritur, sed in invitum quoque judicia redduntur. Sequimur autem hic id, quod apparet actorem, qui ambigua oratione usus est, sensisse, quod ei utilius est, non quod senserit reus, ne alias eludendi judicii reo præbeatur occasio, seu, ut Græci, *ἵνα μὴ τὸ δικαστήριον ἀσύστατον ἀπομένῃ, ne judicium incertum & confusum reddatur*, nempe tergiversatione rei. Pertinet huc locus Demosthenis orat. *κατὰ Στεφάνου ψευδομαρτυριῶν α.* ubi judices alloquens, jurasse eos ait, se judicaturos non de iis, quæ reus vellet, sed de iis, de quibus actio esset instituta: hanc autem necesse esse actoris dictione declarari, *τῇ τοῦ διώκοντος λέξει δηλοῦσθαι.*

9. Non est contrarium, quod apud Ulpianum *l. 5. §. ult. de rei vend.* Ex Pomponio relatum est, si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes: nec appareat de quo actum sit, Pomponium dicere nullam fieri condemnationem. Hoc enim tunc procedit, quando non apparet, de quo actor senserit: At cum id saltem apparet, quod actor voluit, tunc quod nos diximus, procedit, & quod utilius est actori, qui ambigue locutus est, sequitur. Hæc paulo uberius, quam vulgo solet, exposui, ut res tota perfecte cognosceretur.

CAPUT XXI.

De effectu & potestate pactorum.

1. *Pacta obligatoria naturalem obligationem pariunt.*
2. *Naturalem obligationem ex pacto natam, nisi personæ qualitas obstet, eandem vim jure civili habere, quam habet obligatio civilis, dempta sola actione.*
3. *Ad agendum & petendum efficacem non esse, nisi pactum lege confirmatum, aut contractui bonæ fidei statim appositum sit, aut placito stipulatio intercesserit.*
4. *Pacto liberatorio obligationem naturalem ipso jure tolli.*
5. *Enodatio*, l. si unus, 27. §. 2. hoc tit.
6. L. qui servum, 34. §. 1. de oblig. & act. *explicatur.*
7. *Nuda conventione rebus integris ipso jure dissolvi & obligationes omnes nudi consensus.*
8. *Eodem modo tolli etiam obligationem pignoris nuda conventione contractam: nec obstare* l. 17. §. 2. hoc tit.
9. *Ceteras obligationes pacto convento non tolli ipso jure, sed ope exceptionis, aut pacti, aut subsidiariæ doli.*
10. *Pacta, quæ aliquid obligationi detrahunt in continenti contractui facta, prodesse reo ipso jure.*

De vi & effectu pactorum, qua voce simpliciter prolata passim in jure nostro nuda significatur, multa jam ante a nobis dicta sunt, & dici necesse fuit. Quamobrem hic erimus breviores.

1. Borum pactorum, quæ ad obligandum comparata sunt, hic effectus est, ut obligationem naturalem producant, *l.* 5. §. 2. *de solut. l.* 3. *l.* 4. *C. de usur.* Nihil enim tam congruum est fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare, *l.* 1. *pr. h. t.* unde Paulus *l. cum amplius*, 84. §. 1. *de reg. jur.* eum natura debere ait, quem jure gentium dare oportet, ejus fidem secuti sumus.

2. Atque hæc naturalis obligatio, nisi personæ obstet qualitas, eandem vim etiam jure civili habet, si unam dempseris actionem, quam naturalis & civilis simul. Ut ecce, potest hoc naturale debitum cum alio quovis compensari, *l.* 6. *de compens.* non datur ejus licet per errorem soluti repetitio, *l. naturaliter*, 13. *l.. si pæna*, 19. *de cond. ind. l.* 7. *de fidejuss. l. naturales*, 10. *de obl. & act.* Potest constitui & novari, *l.* 1. §. *pen. de pecun. constit. l.* 1. *in fin. de novat.* Potest & pignus & fidejussor huic obligationi accedere, *l.* 5. *l.* 14. §. 1. *de pign. l. naturaliter*, 13. *de cond. ind.* §. 1. *Inst. de fidejuss. l.* 6. *l.* 7. *ff. eod.* & quamvis citra vinculum stipulationis usuræ fœnebris pecuniæ peti non possint, *l.* 3. *C. de usur.* tamen pacto promissæ servari possunt per retentionem pignoris pro sorte & usuris obligati, *l.* 4. *l. pignoribus*, 22. *C. d. tit.*

3. Cæterum talis obligatio, quæ ad agendum & petendum sit efficax, jure nostro ex pacto non nascitur, nisi specialiter lege senatusve consulto, aut a prætore confirmatum sit, *l.* 6. *l.* 17. §. 2. *h. t.* aut contractui bonæ fidei in continenti appositum, eo quod hujusmodi pacta pars sunt & lacinia atque lex ipsius contractus, sine quibus contractus initus non fuisset, *l.* 7. §. *quinimo*, 5. *eod. l. in bonæ*, 13. *C. eod. l.* 1. §. *si convenit*, 6. *depos. l. contractus*, 23. *de reg. jur. l.* 5. *l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* Imo tantum abest, ut nuda pactio actionem pariat, ut etiamsi certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, nihilo magis in posterum actio competat, nisi placiti stipulatio intercesserit, ut rescriptum ab Impp. *l. si certis*, 28. *C. h. t.* Plane enim si placiti servandi causa stipulatio interposita fuerit, dubium non est, quin ex stipulatione agi possit, *l. si pacta*, 14. *l. petens*, 27. *C. eod.* Quod si ad pactum accesserit & alia causa, puta si præterea ab uno quid datum aut factum sit, jam quidem certo jure is qui dedit aut fecit, alterum sibi ita obstrictum habet, ut etiam civili aut honoraria actione teneatur: sed jam illa conventio non amplius nuda censetur, *l.* 7. §. 2. *l. divisionis*, 45. *l. in traditionib.* 48. *h. t. l. debitori*, 7. *& seq. l. legem*, 10. *l. cum proponas*, 21. *C. eod.* Neque enim nudum pactum est, quoties certa lege aliquid datum aut factum esse probatur, *l.* 8. *in fin. l. solent*, 15. *de præscript. verb.* Sed de his satis dictum est supra *capp.* 5. 6. & 7. ubi item notatum est, aliarum omnium gentium moribus non minus ex pacto, quantumvis nudo, dummodo serio, quam jure Romanorum ex stipulatione, actionem datam fuisse; quod & jure Canonico diserte cautum sit, *c.* 1. & 3. *ext. h. t.* & disciplina horum temporum sequatur.

4. Sicut autem pactum obligatorium naturalem obligationem producit, ita ex contrario pactum liberatorium naturalem obligationem ipso jure tollit, *l. Stichum*, §. *naturalis*, 4. *de sol.* Estque hoc consentaneum regulæ traditæ in *l. nihil tam naturale*, 35. *de reg. jur.* atque obtinet etiam, quamvis non ex conventione, sed alia ex causa obligatio naturalis profecta est: quoniam vinculum æquitatis, quo solo sustinetur, conventionis æquitate dissolvitur, ut disputat Papin. *d. l. Stichum*, §. 4. *de sol.*

5. Non adversatur huic sententiæ, quod Paulus *l. si unus*, 27. §. 2. *h. t.* respondet, prius pactum non elidi per posterius ipso jure, sed opus esse replicatione: quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio jure prætorio quæsita erat, per posterius pactum elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Quod obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, ei consequens videri poterat, etiam pacti hanc esse vim, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Cæterum hoc minime sequitur: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc teneat, fieri nequit, ut exceptio debitori pacto quæsita, posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. si unus*, 27. §. 2. *h. t.* cum ait in pactis factum versari. Ait prius pactum per posterius ope replicationis elidi, non ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; addita hac ratione, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur: Id est, ut ego interpretor, quia stipulationes ipso jure vim suam exercent, eo quod his inest auctoritas juris: pacta autem auxilio prætoris egent; & sine jure ex solo conventu servantur. Itaque quatenus pactum prius tuitione prætoris juvatur, hactenus quoque auctoritate prætoris requiritur, ad alienandam exceptionem jure honorario firmam. Hinc est, quod quidem etiam pacta nobis prosint ad liberationem sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio, cum in facto rei posita sit, recte dicitur in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic receptionis & replicationis ratio est. In stipulationibus autem jus continetur, id est, per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam, eamque secutam acceptilationem hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non de-

sen-

tensionis contestatione, aut stipulationis exceptione & objectione.

6. Atque huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum*, 34. §. 1. *de obl. & act.* scribit, eum qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actioni & condictione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare, se debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod praecesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, quod non teneatur, hoc vero, inquit, facere est tutius: quia scilicet dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit ipso jure, add. Cujac. Bus. & Ant. Fab. *ad d. l. si unus*, 27. §. 2. *h. t.* Donell. *ad l.* 5. *C. eod.* Borcolt. *de pact. c. ult. num.* 58. *& seqq.* Bachov. *ad hunc tit. c. de effect. pact. lib.*

7. Praeterea ipso jure nuda conventione tolluntur obligationes omnes quae nudo consensu contractae, dummodo rebus integris a contractu abeatur, *l.* 7. §. *adeo*, 6. *l. ab emptione*, 58. *h. t. l.* 3. *l.* 5. §. 1. *de resc. vend. l.* 1. *l.* 2. *C. l. quand. lic. ab empt. discedere*, in quo & ipso regulam naturae de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, *l. nihil tam naturale*; 35. *de reg. jur. l. prout*, 80. *de solut.* Nam etsi hujus generis contractus obligationem quoque civilem, hoc est, efficacem ad agendum producant, quae videatur pacto ipso jure tolli non posse: tamen quia obligatio ista mero & nudo consensu constat, totaque est in jure gentium, nihil habens a jure civili praeter generalem quandam approbationem, quod extrinsecum quid est, & accidentarium, ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, in quo actio fundetur. Eadem videlicet ratione, qua nulla superesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit.

8. Et secundum haec recte defenditur, etiam obligationem pignoris, quae jure praetorio nuda conventione constituitur, *l.* 4. *de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi: licet obstare videatur, quod a Paulo traditur *l. si tibi*, 17. §. 1. *h. t.* de pignore ex pacto jure honorario actionem nasci: tolli autem per exceptionem, quoties paciscor, ne petam. Nam bene a Negusantio *tr. de pign. p.* 6. *membr.* 3. *n.* 3. & a Bachovio *l.* 5. *de pign. c.* 6. observatum est, loqui Jurisconsultum de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directe tendit ad dissolutionem pignoris.

9. Caeterae obligationes pacto liberatorio de non petendo, non ipso jure, sed ope exceptionis tolluntur, ut passim *h. t.* & alibi, inter quae quid intersit, ex iis, quae modo dicta sunt, intelligi potest. Concurrit autem cum exceptione pacti exceptio doli, sicut & cum aliis exceptionibus: dolo enim malo fecit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit, *l.* 2. §. *item quaeritur*, 4. *&* §. *seq. de dol. mal. exc.* Sed & quotiescunque pacti exceptio dari non potest, forte quia personae, ad quam utilitatem pacti porrigi volumus, exceptio pacti quaeri non potuit, aut persona ejus pacto comprehensa non est, toties ad exceptionem doli subsidiariam confugimus.

10. Quae pacta aliquid obligationi detrahunt, eamve imminuunt, ea si in continenti facta sint, non tantum contractibus bonae fidei, verum etiam stipulationi insunt, ipsoque jure reo prosunt ad liberationem, *l. lecta* 40. *de rebus cred.* De furto & injuriis lex duodecim tabularum pacisci permisit: quam ob causam quoque actiones furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur, *l. si tibi*, 17. §. 1. junct. *l.* 6. *l.* 7. §. *si paciscar*, 14. *h. t.* Nihil autem horum est, quin propriis quoque locis ante explicatum sit, & quidem copiosius.

TRA-

TRACTATUS
DE JURISDICTIONE ET IMPERIO
ACADEMICO-FORENSIS.

Amplissimis, Gravissimis, Spectatissimis V. V.

D.D. CONSULIBUS REIPUBLICÆ LEIDENSIS.

NULLIUS *rei cognitio, Viri Amplissimi, ad intelligentiam juris civilis Romanorum æque necessaria est, atque hujus, quod tractandum suscepimus, argumenti de Jurisdictione & Imperio; nec quemquam repertum iri credo, qui id inficiaturus sit. Cæterum cum tot in hoc argumentum extent cum veterum interpretum, tum recentiorum commentarii, inanis omnis labor, & supervacuum videri poterit, quod porro in eo tractando studium ponitur. Atque hujus quidem etiam rei contemplatio diu me suspensum tenuit, & tantum non a præsenti scriptione deterruit: Verum enimvero cum & veteres interpretes parum in hoc genere viderint, aut potius nihil (quod sæculi vitio antiqui moris & memoriæ ignari adscribendum est) & recentiores, dum veterum errores taxant, ubi suam promunt sententiam, in alios non minus graves sæpe incidant; & denique cum etiam a viris magni nominis non pauca hic tam obscure & perplexe tradita sint, ut ad mentem eorum intelligendam OEdipo conjectore pæne sit opus, non inutilem omnino fore ratus sum eam operam, quam quis in resumenda hujus argumenti tractatione collocaret, dummodo possit apertius ac dilucidius, quam hactenus factum est, rem totam explanare. Cum itaque repetita nuper ab initio Pandectarum interpretatione mox id ipsum argumentum publice se nobis explicandum obtulisset, tentare volui, possemne ea, quæ ad cognitionem rei tam necessariæ pertinent, clare ac luculenter auditoribus meis proponere, atque ita, ut etiam obtusiorum auribus hauriri, animisque percipi possent. Quod cum haud male, quantum intelligere potui, processisset, eventu conatui nostro respondente, ut aliis quoque prodessem, & quod semper studui, quam plurimis, ea, quæ viva voce in non contemnenda auditorum frequentia exposueram, publici juris feci. Potui, & sine magno negotio, prolixiorem scribere commentarium, sed nihil opus fuit, meliusque me consulturum utilitati studiosæ legum juventutis arbitratus sum, dum ea modo diligenter persequerer, sine quorum cognitione frustra in hac materia laboretur, & quibus cognitis cætera omnia per se aperta & plana futura sint. Hasce ego secundarum mearum curarum primitias vobis, Ampliss. Viri, hic offero consecroque. Causam, cur offeram, non addo, quod plerique nescio quibus coloribus accersitis facere solent, certus hoc munusculum nostrum, ut ut leviculum, gratum vobis acceptumque fore. Faciat Deus Opt. Max. ut florentissima vestra urbs florentior in dies evadat, in eaque optimarum artium studia magis magisque excitentur, atque incrementum capiant. Dabam Lugduni Batavorum pridie Kalend. Novembris 1644.*

VV. AA.

Observantissimus
ARNOLDUS VINNIUS.

TRA-

TRACTATUS DE JURISDICTIONE ET IMPERIO.

CAPUT PRIMUM.

De imperio mero.

SUMMARIUM.

1. *Partitionem Jurisdictionis in civilem & criminalem a Romani juris usu alienam videri.*
2. *Docendi tamen gratia tolerari posse.*
3. *Cur potestas cognoscendi de causis sola nomen jurisdictionis habeat.*
4. *Merum imperium cur sic dictum.*
5. *Quid sit merum imperium, & quibus in rebus consistat.*
6. *An condemnatio ad perpetuos carceres sit meri imperii.*
7. *Merum imperium quatenus & quando ad bruta quoque animalia extendatur.*
8. *Quatenus & quando ad noxiorum hominum cadavera.*
9. *Appellatione meri imperii etiam cognitionem criminum contineri.*

SCRIPTURUS de jurisdictione, deque mero ac mixto imperio, cujus argumenti cognitio ad intelligentiam magnæ partis juris civilis Romanorum in primis necessaria est, non putavi operæ pretium rem a primordiis urbis ipsaque origine repetere, quod & nimis longum foret, & fortassis etiam tædium pareret legentibus: sed satis abundeque desiderio studiosorum me facturum esse duxi, quamvis intra septa juris Justinianei me contineam, dummodo subinde, ubi opus erat transiliam, id est ubi rei, de qua agetur, explicatio erit arcessenda e longinquiori.

1. Interpretes nostri appellatione jurisdictionis in genere sumptæ, etiam imperium, quod merum dicitur, complectuntur; atque jurisdictionem dividunt in civilem & criminalem: aut barbare in bassam & altam, quæ posterior in libris juris civilis merum imperium appellatur. In consuetudinibus Burgundiæ & aliorum locorum hæc identidem occurrunt, *haulte & basse Jurisdiction, hooge ende lage Jurisdictie*, quarum prior Belgice etiam *Halsheerlijkheyt* dicitur. Cæterum hoc a Romani juris usu alienum esse reor; quippe quo imperium, quod merum appellant, ut species opposita, expressum a jurisdictione separatur, cui contra cohærere & inesse dicitur imperium mixtum *l. 1. §. 1. ff. de off. ejus cui mandat. l. 3. ff. h. t. de jurisdict.* Marcus quoque Tullius in *orat. pro L. Muræn.* potestatem juris dicendi diserte opponit quæstioni, hoc est, mero imperio, ut explicat Carol. Sigonius *de antiq. jur. provinc. c. 7.* Nihil juvat interpretes, quod Papinianus in *d. l. 1. pr. de off. ejus, &c.* scribit, errare magistratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem, jurisdictionem suam mandant: nam ut patet ex §. 1. *dict. leg.* 1. illud tantum verbis istis significare jurisconsultus voluit, errare magistratus, qui putant mandata jurisdictione, imperium quoque merum quod præter jurisdictionem habent, transire. Sed nec illud interpretum sententiæ patrocinatur, quod apud Ulpianum *l. 7. §. ult. de off. proconf.* scriptum est, proconsulem habere plenissimam jurisdictionem, etsi enim proconsul merum quoque imperium in provincia habuit; tamen falso existimant Ulpianum appellatione plenissimæ Jurisdictionis intellexisse etiam merum imperium. At proconsulem habuisse plenissimam jurisdictionem, nempe in causis civilibus: sic enim loquitur Jurisconsultus, respiciens ad magistratus urbanos, qui plenam jurisdictionem non habebant. Quippe Romæ jurisdictio in multos magistratus diffusa fuit *l. 2. §. ergo, 34. de orig. jur.* quorum omnium partibus proconsul in provincia fungebatur, salva magistratibus inferioribus sua in municipiis jurisdictione: nec ordinariorum tantum, sed etiam extraordinariorum, id est, qui de certis causis extra ordinem in urbe jus dicebant, quo numero erant, præfectus vigilum, & præfectus annonæ, *d. l. 2. & hac omnia, 33. de orig. jur. l. 3. §. 1. de off. pr. vig.* & ita Jurisconsultus hoc ipse explicat.

2. Equidem non inficior, si vim verbi spectemus, potestatem cognoscendi & judicandi de causis criminalibus jurisdictionem appellari posse, cum in confesso sit etiam de his jus dici. Pomponius *l. 2. §. & quia, 23. de orig. jur. De capite civis Romani injussu populi non erat lege permissum consulibus jus dicere.* Sic apud Suetonium legimus Julium Cæsarem de repetundis, Augustum de parricidio, Claudium de majori fraude jus dixisse. Ac proinde docendi causa communem illam Doctorum distributionem tolerari posse, ut verba accipiantur eodem sensu, quo judicium aliud civile, aliud criminale dicitur. Cæterum in multis non idem

sem-

semper verborum & verbalium usus est: exempli causa, verba paciscì, transigere, agere, conferre, &c. latiorem habere significationem constat, quam verbalia, pactum, transactio, actio, collatio; & præstat nos sequi usum auctorum juris.

3. Cur autem potestas de causis civilibus cognoscendi sola nomen jurisdictionis acceperit, ejus rei hanc esse rationem arbitror, quod olim magistratus urbani, penes quos dicebatur esse jurisdictio, tantum de causis civilibus cognoscebant, potestatem autem cognoscendi de criminibus, præsertim de capite civis Romani, populus sibi reservabat, eamque vel exercebat ipse, vel aliis exercendam in causis singulis mandabat: de quo fusius dicemus paulo post.

4. Separemus itaque primum a jurisdictione imperium: quod dicitur merum, & interdum κατ' ἐξοχὴν absolute potestas, *l. 3. h. t.* Merum imperium si dici existimo cum Goveano in *d. l. 3. n.* 10. Donell. *lib. 17. comm.* 8. Duar. *1. disp. 53.* quia purum & per se solum est, alterius rei mixturam non habens; oppositive nimirum ad imperium, quod nostri mixtum, & non merum appellant; quod scil. Jurisdictioni cohæret, subservit, *inst. l. 1. §. ult. l. ult. §. 1. de off. ejus &c. d. l. 3. h. t.* Scimus enim merum proprie dici de eo, quod purum est, & solum, ut in vino, quod aqua non est dilutum. Sic dicimus merum jus gentium, quod non est mixtum cum præceptis civilibus, *l. Bona, 31. pr. depos.* merum prætoris officium, id est, solum, *l. 5. de verb. obl.* mera conditio in dando, mera conditio in faciendo, ad differentiam mixtæ ex utraque, *l. enim servus, 82. vers. sed nec neque, de cond. & dem.* mera donatio. *l. Aquilius, 27. de donat.* id est, pura & simplex, & similia.

5. Merum imperium sic a parte digniore describit Ulpianus *d. l. 3.* ut sit habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos; nimirum sub potestate gladii, ut tum temporis fere solo gladio vita adimebatur, *l. 8. §. 1. ff. de pœn.* comprehendens etiam reliquos modos, quibus vita adimitur. Quod si huic descriptioni addideris, vel alterius cujusque gravioris coercitionis, ex *l. nemo potest, 70. de reg. jur. l. 6. pr. ff. de offi. procons.* perfectior erit definitio. Nihil enim aliud est merum imperium, quam jus animadvertendi in reos criminum, sive capite plectendi sint summove afficiendi supplicio, sive tollendi e numero civium metalli coercitione, deportatione, exilio, sive relegandi, fustigandive: unde etiam tot gradus meri imperii recte statuuntur, quot pœnarum in *l. capitalium, 28. ff. de pœn.* Zas. *ad d. l. 3. n. 25. & seqq. h. t.* Sed nec pœnæ pecuniariæ a gradibus graviorum coercitionum plane excludendæ, per *l. 4. ff. de interd. & releg.* add. Petr. Fab. *in l. nemo, 70. de reg. jur.* Coras. *3. miscell. 17.* Angel. Costal. Govean. Duar. *in d. l. 3.*

6. De condemnatione ad perpetuos carceres quæsitum est, an & illa meri sit imperii. Respondeo, jure civili Romanorum hæc quæstio supervacua est: quia hoc jure carcer custodiæ, non pœnæ causa, ad continendos, non ad puniendos homines habetur, *l. 8. §. solent, 9. ff. de pœn.* licet custodia illa interdum verbo pœnæ significetur, ut in *l. 3. de cust. reor.* Imo expresse vetitum aliquem condemnari ad perpetuos carceres, *l. mandatis, 35. ff. de pœn. l. 6. C. eod.* Jure autem Canonico, quod mores hodierni sequuntur, id permissum est, *cap. 12. de hær. in 6. c. 3. de pœn. in 6.* hoc vero jure, quoniam pœna perpetui carceris proxima est ultimo supplicio, eam ad merum imperium pertinere dicendum est, speciemque esse gravioris coercitionis, add. Damhoud. *prax. crim. c. 6.*

7. Exercitio meri imperii ad bruta quoque animalia extenditur: non tamen principaliter & directe, sed quatenus delictum hominis conjunctum, ad abolendam rei memoriam. *Levit. 20. c. mulier. caus. 15. q. 1.* & materialiter ratione ipsius facti, non formaliter; quoniam in bestias proprie nec delictum cadit. Quo pertinet, quod lex Divina *Exod. 21.* bovem, qui occidit hominem, lapidibus obrui jubet: quod magis fit, ne oculos hominum offendat conspectus istius bestiæ, quam sit pœna. Jo. Selden. *de jur. nat. & gent. lib. 1. c. 4.* & denique in pœnam hominis, ut cum bestiæ cum parricidis culeo insuuntur: quod tamen bestiarum respectu vere pœna non est, sed usus tantum dominii humani in bestias. Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 21. n. 11.*

8. Extenditur & ad noxiorum hominum cadavera in enormi delicto. Bart. & DD. *in l. ult. ff. de sepulc. viol. & tit. de cadav. punit.* pœnæque rationem hoc habet, quatenus exemplo utile. Cæterum secundum jus scriptum hic ita distinguendum videtur: aut pœna ante mortem inchoata est in reo, aut non est: priore casu pœna etiam perdurat in cadaveribus. Nam eorum, qui ultimo supplicio affecti sunt, cadavera non sepeliuntur, nisi & petitum & permissum fuerit, *l. 1. ff. de cadav. punit.* nec eorum, qui in insulam deportati sunt, cadavera licet inde transferre, *l. 2. d. t.* Posteriore casu crimina morte extinguuntur. *l. 3. l. 6. de publ. jud. l. ult. ff. ad leg. Jul. majest. l. ex judiciorum, 20. ff. de accus.* Itaque hic pœna criminis post mortem rei in hoati nequit. Excipiuntur judicia majestatis & repetundarum, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur, *d. l. 20. de accus. d. l. ult. ad l. Jul. maj. l. ult. C. eod.* Et ex hac igitur causa etiam cadavera mortuorum ignominia affici possunt. Ratio est, quia cum pœnæ irrogandæ duplex sit causa, correctio delinquentis, & perterrefactio aliorum, cum pœna in exemplum irrogatur, licet prior cesset, altera tamen hic locum habet, quæ

exemplo utilis. In praxi autem etiam ad alia atrocia scelera hoc tractum est. Gomes. 3. *res. n.* 78. & 79. Clar. *l.* 5. §. *fin. q.* 51. *n.* 15. Farinac. *var. q.* 10. *n.* 77. & *seqq. cum ibid. allegat.*

9. Illud notandum est, appellatione meri imperii non tantum contineri jus animadvertendi in reos criminum, sed etiam jus de causis criminalibus cognoscendi & judicandi, perperamque hanc a nonnullis separari, ut perspicue apparet ex *l.* 6. *pr. de offic. procons.* ubi Jurisconsultus ait custodiarum audiendarum mandatum esse extraordinarium; neminem enim posse gladii potestatem sibi datam ad alium transferre. Et illi ipsi tantum, non alii, de criminibus cognoverunt, quibus jus coercendi datum, præsides nimirum, proconsules, præfectus urbi, præfecti prætorio: ac proculdubio Ulpianus in *l.* 3. *h. t.* sub potestate animadvertendi etiam cognitionem comprehendit. Quod autem olim extra ordinem a proconsule legatis mandabatur, ut causas etiam criminales (quod de levioribus accipio) audirent, & reos præauditos ad se remitterent, qui aut innocentes liberaret, aut nocentes condemnaret puniretque, id quidem postea cœpit esse juris ordinarii, sed ex speciali concessione Constantini *l. un. C. de offic. procons.* Nec obstat exemplum causarum civilium, in quibus cognitio & judicatio, tanquam nuda notio, separata est ab executione, quæ ad mixtum imperium pertinet, quasi & in criminalibus causis cognitio, tanquam notio quædam criminalis separanda sit ab executione, quæ sola sit meri imperii. Nam in causis civilibus imperium mixtum venit accessorie, atque extrinsecus assumitur propter contumaces & non obedientes sententiæ judicis: quippe in his causis jurisdictio tota posita est in cognitione & sententia, cujus tuendæ atque exequendæ gratia imperium mixtum comparatum est, *l. ult.* §. 1. *de offic. ejus cui &c.* Criminalium vero causarum longe alia ratio est; utpote quæ sola sententiæ dictione terminari non possunt, nec crimina sine executione coerceri; unde tota criminalium causarum tractatio nomen sibi assumpsit meri imperii.

CAPUT II.

De iis, quæ præcipue circa merum imperium quærenda.

SUMMARIUM.

1. *Merum imperium qui olim habuerint ante & post quæstiones perpetuas constitutas.*
2. *Ordinem judicum in decurias descriptorum discretum fuisse a consilio centumvirali.*
3. *Prætorem non esse eundem, qui judex quæstionis.*
4. *Qui post Principem constitutum merum imperium habuerint, & num.* 5. *ubi quædam notabilia de præfectura urbana.*
6. *Non omnes, qui merum imperium habent, posse quæsitis pœnas irrogare.*
7. *Officium & potestas præfecti prætorio ut tempore variaverit.*
8. *Apud nos quinam in municipiis aut agris merum imperium exerceant.*

HOC cognito, quid sit merum imperium, & quibus in rebus consistat, tria adhuc potissimum quærenda, quinam illud imperium habeant; an ab eo, qui habet, alii mandari possit; & postremo, soline ei, qui summam in republica potestatem habet, jure proprio illud competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum.

1. Olim nulli magistratui in urbe jus erat arbitrio suo in civem Romanum animadvertendi, sed populus hoc jus sibi reservarat, & ut quæque inciderent crimina, ita de iis aut ipse cognoscebat, aut aliis eam cognitionem mandabat, quod & aliquando a Senatu factum legimus. Liv. *lib.* 39. At post quæstiones perpetuas constitutas, quod factum esse Censorino & Manilio Coss. ait Cicero in *Brut.* anno ab urbe condita 605. septuaginta annis antequam Sylla tyrannidem Romæ exerceret, prætores ordinarii creati sunt, qui cum quæsitore & judicibus ex ordine equestri & senatorio selectis de causis criminalibus cognoscerent, de quibus non videbatur extra ordinem quærendum esse, ut de repetundis, ambitu, majestate, peculatu. Nam propterea quæstiones perpetuæ dicebantur, tum quod lege præscripta quædam forma perpetua judicii de his rebus exercendi, ut nova semper lege opus non esset; tum quod annuam provinciam de his quæstionibus exercendis illi prætores peragerent, non quemadmodum antea fieri solebat, cum ita casus tulisset, ut quærendum videretur, tum crearetur, qui quæreret, statimque hoc absoluto judicio potestatem de eadem re quærendi non haberet. Quod si tum quoque aliquid accidisset, de quo extra ordinem primo quoque tempore propter criminis gravitatem aut novitatem quærendum videretur, ad populum ferebatur, ut quem vellet, de ea re quærere juberet: ac tum veteri more creabatur quæstor parricidii, sicut lege Pompeja extra ordinem populi suffragio creatus est quæstor L. Domitius Ahenobarbus, qui de vi, cujus Milo postulabatur, quæreret.

2. Ordo autem ille judicum in decurias descriptorum, cujus modo facta mentio, discretus erat a consilio centumvirali. Nam centumviralia judicia non publica, sed privata erant, ut constat ex enumeratione causarum centumviralium apud Ciceronem *in Brut.* Scævola, *l. Titia* 13. *de inoff. test.* querelam inofficiosi testamenti, Imperator *l. ult. C. de petit. hered.* petitionem hæreditatis centumvirale judicium vocat.

At

At apud selectos illos judices tantum quæstiones publicæ, id est, causæ publicorum judiciorum agitabantur: idque non in basilica, ubi centumviri judicabant, sed in foro. Prætoris hic non aliæ partes, quam ut eos judices cogeret, eorumque sortitionem & subsortitionem faceret ex iis decuriis, quibus judicandi tum munus incumbebat: reliqua, quæ ad causæ cognitionem pertinebant, absolvebat judex quæstionis forte a prætore ex numero judicum creatus, qua cognita judices sententiam ferrbant. Judex quæstionis Ciceroni quæsitor, Asconio *Verrin.* 3. princeps judicum dicitur.

3. Non erat igitur ipse prætor, ut putat Budæus in *l. ult. ff. de sen.* sed alius ab eo. In judicio Oppianici prætor erat C. Verres, judex quæstionis C. Junius. In judicio Cluentii prætor Q. Naso, quæsitor Q. Voconius. In judicio Verris de repetundis prætor M. Glabrio, judex quæstionis Q. Curtius, ut indicat Cicero *in fin.* 3. *in Verr.* consulantur Carolus Sigonius, Nicolaus Gruchius, & alii antiquitatis periti scriptores. Enimvero etiam, stante adhuc republica, certum est merum imperium habuisse magistratus, qui cum fascibus & securibus in provincias mittebantur, veluti consules, proconsules, prætores, proprætores: atque id speciali lege his tributum.

4. Constituto Principe in urbe animadversio criminum præfecto urbi concessa, & præsidibus in provinciis, in quas a Principe mittebantur. Atque omnino verisimile est, hoc non speciali aliqua lege populi, sed ex ipsa creatione merum imperium habuisse. Quod autem ad proconsules attinet, quos senatus in provincias sibi populoque relictas mittebat, vetus ratio forsassis aliquandiu adhuc mansit, ut speciatim de eorum imperio lex ferretur. Quid si dicamus de horum omnium magistratuum imperio semel legem aut constitutionem promulgatam, quæ in creatione singulorum repetita censeretur? Cabor. 2. *disp.* 2. Scip. Gent. *l.* 3. *de jurisd.* 20. & 25.

5. Igitur sub Principibus merum imperium Romæ habuit præfectus urbi, *l. 1. de offic. præf. urb.* prætores urbani non habuerunt: unde illa tutorum & curatorum, qui severiore animadversione indigebant, ad præfecturam urbanam remissio *l. 1. §. solent, 7. d. e. l. 3. §. sed si, 15. ff. de susp. tut.* Præfectus urbi olim pro regibus aut magistratibus juri dicundo constituebatur ad tempus, illis urbe profectis ad bellum, vel ad provincias suas. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum, quoad solemne sacrum Latinarum feriatum rite peragereetur, quod Varro numerat inter annales ferias, *lib. 5. de Ling.* Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito *lib. 6. Annal.* Auxit deinde potestatem hujus magistratus Divus Severus, dataque præfecto cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, sed etiam in Italia usque ad centesimum ab urbe lapidem, *d. l. 1. de off. præf. urb.* Idem imperium in provinciis habuerunt præsides, *l. 6. §. pen. ff. de off. præsid.* item proconsules, *l. 6. ff. de off. procons.*

6. Cæterum hi non habuerunt potestatem pœnas quasvis irrogandi. Nam ecce præses provinciæ jus gladii habuit, & in metallum damnandi potestatem, *d. l. 6. §. pen. de off. præsid.* deportandi tamen in insulam jus ei datum non est, *l. 6. §. 1. ff. de interd. & de releg. l. 1. §. 3. ff. de legat.* 3. De proconsule idem sentio: nam id genus pœnæ, ut speciale & in libera republica non usurpatum, principem sibi reservasse credibile est. Itaque argumentum a majori ad minus hic non procedit, ut notant Doctores in *l. non debet*, 21. *de reg. jur.* Cujac. *in l. notionem*, 99. *de verb. sign.* quoniam singula, quæ ad merum imperium pertinent, nisi specialiter concessa non competunt, *l. 1. de off. ejus cui &c.* Præfecto autem urbi nominatim ac specialiter jus quoque deportandi a Principe datum, *l. 2. §. 1. ff. de pæn. d. l. 1. §. 4. de legat.* 3. Imperium merum, & quidem plenissimum habuerunt quoque præfecti prætorio, *d. l. 1. §. 4. de legat.* 3.

7. De officio præfecti prætorio, unde hujus magistratus initium & progressus, Arcadius Charisius in *l. un. de off. præfect. præt.* Videtur autem hic magistratus tempore posteriorum Imperatorum in officium plane civile degenerasse, cum ex institutione prima militare tantum fuerit, ut ex Dione *lib.* 55. Sueton. *in August.* Arcadio, *d. l. un.* & aliis constat. Tanta vero auctoritas præfectorum prætorio fuit, ut a sententiis eorum provocare non liceret, solumque concederetur supplicatio, *d. l. un. §. 1. l. un. C. de sent. præf. præt.* Itaque nunc recte præfecturas appellare possumus, quæ Galli *parlamenta*, curias nimirum supremæ jurisdictionis sive provocationis ultimæ, *cours souveraines, hooge collegien van Justitie, daar van geen appel en valt, hoe wel supplicatie*, aut, ut nunc loquimur, *revisie*.

8. Hodie in municipiis idem fere magistratus, quorum est jurisdictio, etiam merum imperium habent: at in agris, *ten platten lande*, scabini jurisdictionem tantum habent, merum imperium exercent, qui nostratibus dicuntur *Welgeboremannen*; hoc est, illi de causis civilibus duntaxat, hi de criminalibus cognoscunt.

CAPUT III.

An meri imperii exercitio mandari possit?

SUMMARIUM.

1. *Meri imperii exercitionem mandari non posse.*
2. *Excipitur causa necessariæ magistratus absentiæ: neque ea restringenda ad judicium legis Juliæ de vi.*
3. *Male nonnullos excipere, & eum cui princeps causæ*

causæ criminalis executionem commisit: ubi de sententia l. un. C. qui pro sua jur.

4. *An jur. Can. imperium merum delegabile.*
5. *Reges Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ, Principes, Duces &c. Germaniæ habere imperium merum non tanquam sibi mandatum, sed & a se & ut suum. Neque quo minus veri principes sint, impedire obligationem fidelitatis &c. & n. 6.*
7. *Quid in toparchis seu dominis territorii.*

1. NEMINEM posse jus gladii vel alterius coercitionis sibi datum ad alium transferre, nec mandata jurisdictione imperium merum, quod lege datur, transire, tot locis & tam perspicue traditum est, ut mirum sit reperiri, qui contradicant, *l. 1. pr. & §. 1. de offic. ejus cui mand. l. 6. pr. de offic. præs. l. nemo potest, 70. de reg. jur.*

2. Una exceptio est, si is, cui hujus imperii exercitio obtigit, necessario abesse cogitur, *d. l. 1. pr.* Idem tamen Doctores communiter statuunt in causa infirmitatis talis quæ impediat quo minus magistratus officio suo fungatur; quod & rationem habet, Bart. & DD. *in l. 3. hoc tit.* Sunt qui hanc exceptionem restringunt ad judicium publicum legis Juliæ de vi, quia hujus solius in *d. l.* 1. meminit Jurisconsultus. Bronchorst. 1. *Enant. assert.* 16. quod non placet: nam eadem ratione dicendum esset, nec regulam ad alia crimina pertinere. Et cur non idem admittamus in causa adulterii, peculatus, repetundarum &c. aut si in his admittimus, cur non etiam in causa homicidii? An quia gravius puniuntur sicarii lege Cornelia, quam lege Julia alia illa crimina? Atque vis publica non minus severe vindicatur lege Julia, quam homicidium lege Cornelia, ut patet ex collatione *l. 5. §. 2. l. qui dolo, 10. §. ult. & l. seq. ad. l. Jul. de vi publ.* cum *l. 3. §. pen. ad leg. Corn. de sicar.* Non utor auctoritate legis 1. §. 8. *ff. ad SC. Turpil.* quia in plerisque codicibus illic non *Præsens*, sed *Præses* legitur; quomodo etiam legendum existimo. Nam falsum est, quod a præsente, mox tamen profecturo, causæ meri imperii delegari non possint. Utique enim cum præses justa ex causa abesse cogitur, eum plerumque præsentem adhuc, id est, antequam proficiscatur, hujusmodi causas mandare solitum, nemo opinor, cui datum est habere nasum, negaturus est.

3. Afferunt & aliam exceptionem plerique interpretes, in eo scilicet, cui princeps specialiter causæ criminalis executionem commisit, *arg. l. un. C. qui pro sua jurisd.* & ibi Gloss. Bart. Bald. Cuman. Angel. Alexand. *lib. 2. cons* 106. *n.* 20. Corn. *cons. 24. column. ult.* & alii, quos laudat & sequitur Menoch. *lib. arb. jud. quæst.* 54. Sed perperam, quia constitutio ista utique restringenda est ad causas natura sua delegabiles, id est, civiles, argumento inscriptionis tituli. Et falluntur, qui putant hic explicatione admissa, fore, ut novæ istius constitutionis sive edicti ad præfectum prætorio missi promulgatio otiosa sit & supervacua; siquidem, ut textus ipse ostendit, præcipue pertinet constitutio ad magistratus delegantes causas non suæ jurisdictionis, cujusmodi delegatio vetatur. Excipitur autem delegatus a principe, cui soli hoc conceditur, ut etiam causas alienæ jurisdictionis, quarum cognitio ei mandata, delegare possit, & possit etiam personis alterius jurisdictionis. Itaque his verbis, *nudo personarum causarumve habito tractatu*, sub finem positis, hoc tantum significatur, posse delegatum principis causas qualvis (intellige civiles & delegabiles, quæ & ipsæ infinitæ & variæ) delegare quamvis alienæ sint jurisdictionis &c. quod in principio constitutionis aliis denegatum erat. Ita ferme & olim Alberic. *in d. l. un. n.* 5. Salic. *n.* 7. Castr. *n.* 9. post Cyn. Jac. de Aren. Oldrad. Plures etiam citat Gilken. *in d. l. un. n.* 3. In legato proconsulis, quoniam is proconsuli tanquam vicarius a senatu *εἰς ἐπίδοσιν* teste Appiano *lib. 1. de bell. civil.* adjungebatur, speciale fuit, atque extraordinarium, quod ei custodiarum cognitio mandari potuit, *l. 5. pr. de off. proconsul.* A Constantino autem jus audiendi causas criminales ei etiam nominatim datum, *l. un. C. eod.*

4. Sunt, qui jure canonico imperium quoque merum delegabile esse censent. Longoval. *in repet. l. 3. hoc tit. part. 3. c.* 4. Alexand. Costal. Bus. *in lib. 1. de offic. ejus cui mand.* sed nullum textum e jure isto proferunt, quo id aperte probetur. Dicitur quidem in *c. pen. ne cler. vel monach. secul. neges.* posse Episcopum aliumve prælatum temporalem jurisdictionem habentem delegare causas sanguinis: sed quis non videt hoc esse speciale, cum ipsis clericis causas hujusmodi agitare non liceat? quod & ibidem adjicitur. Illud quoque, quod ex c. *in archiepiscopatu, de raptor* afferunt, proponi illic Regem Siciliæ causas criminales delegasse, qui tamen beneficiarius sit sedis Romanæ, Clement. *pastoralis, de sent. & re jud.* nihil est.

5. Nam Rex Siciliæ non habet merum imperium ab alio, ut illud nudi habent magistratus; sed a se tanquam princeps supremam in regno suo habens potestatem. Quamvis enim jure feudi Pontificem agnoscat, verus tamen Rex est & princeps omnia jura habens in subditos, quæ principibus conveniunt, add. Covar. 3. *res.* 20. Fachin. 9. *contr.* 99.

6. Similiter quod de Principibus, Ducibus, & Comitibus imperii Germanici affertur, non eos ipsos de causis criminalibus cognoscere, sed aliis harum rerum cognitionem mandare, ex eo non recte colligitur, merum imperium posse hodie delegari. Nam principes isti non habent imperium merum, tanquam mandatum sibi, sed tanquam suum & proprium, neque enim sunt

nudi

nudi magistratus, sed quasi reges in suis ditionibus jus regalium habentes, quo jure & magistratus creant: ac proinde nec recte dixeris eos mandare merum imperium, non magis quam princeps Romanus olim dicebatur id mandare, cum præsidem creabat. Scip. Gentil. *lib. 3. de jurisd. c. 23. & 29.* Enim vero, quominus hi Principes sint, non impedit fidelitatis aut tributi alteri præstandi obligatio, dummodo jura majestatis habeant: nam feudum censusve præstatio non adimit iis supremam potestatem, quam in subditos habent, eamque continuo transiert in eum, qui jus feudi vel tributi habet: sed cum eo nihil habet commune. Sed hodie licet Turcarum Imperator tributum a principe Transilvaniæ accipiat, nihil tamen juris in subditos ejus sibi vindicat. Regna Siciliæ, Neapolis, Arragoniæ feuda sunt sedis Romanæ, adeoque si Pontificiæ constitutioni credimus, ipsum quoque imperium Romanum, quale nunc est, ex fide Romani Pontificis pendet. Clement. *un. de jurejur.*

7. Postremo nec toparchiæ seu domini territorii, quibus a Principe in feudum concessum est jus meri imperii, *hooge jurisdictie ofte halsheerlijkheit*, cum alios constituunt, qui vice sua de criminibus cognoscant, non est ea tam simplex causarum criminalium delegatio, quam quædam magistratuum & judicum criminalium pro potestate a Principe accepta, creatio. Eos autem, qui nudi duntaxat magistratus sunt, verbi causa, Scabinos in oppidis, hodieque imperium quod habent, mandare aliis non posse satis notum est: atque ut nunc mores sunt, ne causarum quidem civilium cognitionem.

CAPUT IV.

Soline principi, iisve, qui summam in repub. potestatem habent, merum imperium jure proprio competat, an etiam magistratibus, quibus id concessum.

SUMMARIUM.

1. *Lotharii sententia contra Azonem defensa.*
2. *An merum imperium sit jus vitæ ac necis, & an idem, quod summum, & n. 3.*
4. *Aperitur via ad conciliandum cum Lothario Azonem, & n. 5.*

HÆC quæstio olim agitata fuit Bononiæ ab hinc annis fere quadringentis inter Azonem & Lotharium, maximi tunc nominis Jurisconsultos, coram Imperatore Henrico Lucenburgensi Friderici Secundi filio. Uterque ex sponsione equum apud sequestrem deposuerat. Azo contendebat, non solum principem, verum etiam magistratus merum proprio jure habere imperium. Lotharius contra solum id jus habere principem: magistratus autem ex concessione nudum duntaxat ejus juris exercitium, jure ipso apud Principem remanente. Imperator auditis utriusque partis argumentis secundum Lotharium pronuntiavit. Quamvis autem hoc decretum Principis legis vim habere debuerit, *l. 1. §. 1. de constit. princip.* tamen Doctores insequentes Azonis sententiam magis probaverunt, quasi Imperator non ex rei veritate, sed favore suæ causæ ita judicasset. Unde natum est illud vulgatum, Lotharius iniquum dixit, & equum abstulit: Azo æquum dixit & equum perdidit. Zas. *in l. 3. n. 36. hoc tit.*

1. Cæterum causam Lotharii rursus suscepit Alciatus *lib. 2. paradox. c. 6.* & post eum etiam recentiorum magnæ parti sententia Lotharii probabilior visa est; eamque & ipse veriorem esse existimo, utique si spectemus rationem juris civilis Romanorum. Etenim Principes Romani non tam ipsum jus meri imperii concedere soliti fuere, quam hujus juris usum atque exercitionem, *l. 1. ff. de off. ejus cui mand.* non ut hoc imperium haberet magistratus tanquam proprium & suo jure, uti suo jure habet jurisdictionem *l. 5. ff. hoc tit.* Sed tanquam delegatum: quam ob causam nec aliis mandari ab eo, cui exercitio obtigerat, potuit, *d. l. 1. pr. & §. 1. de offic. ejus cui*, quod licuisset, si id jure habuisset proprio, *arg. d. l. 5. hoc tit.* Non obstat, quod morte Principis non finitur merum imperium in persona ejus, cui id concessum. Nam Princeps jure regalium magistratus creat, & tanquam lex quædam imperium ejusque exercitionem iis defert, non simpliciter mandat exercendum: alias certe morte mandantis extingueretur, sicut jurisdictio a magistratu mandata morte mandantis extinguitur, *l. 6. h. t.* lex autem non moritur.

2. Afferunt alii & hanc rationem, quia merum imperium est jus vitæ ac necis: hoc autem non nisi ejus proprium sit, qui jura majestatis habet, sive illa jura sint apud unum, sive apud plures, sive apud universum populum. Curtius *lib. 4. Et cum in regali solio residebis vitæ necisque omnium civium dominus.* Cujus potestatis insigne apud Romanos esset pugio sive gladius, Tacitus *lib. 3. histor. Vitellium solutum a latere pugionem Cæcilio Simplici in concione reddidisse, tanquam jus vitæ & necis &c.* Cæterum quoniam illi, qui principatum obtinent, ipsi vacare exercitioni meri imperii non semper possunt, ideo hoc exercitium cum causæ cognitione aliis delegari solitum *arg. l. 2. §. exactis, 16. §. & quia, 23. de orig. jur.* Addunt porro & hoc, quod quemadmodum solius principis est pœnam remittere, *l. 4. ff. de pœn. l. 1. & pass. C. de sent. pass.* August. *de fato*; *Imperatori soli licet revocare sententiam, & reum mortis absolvere, & ipsi ignoscere*, ita & solius Principis proprium sit punire, *arg. l. nemo, 37. de reg. jur.* Jam vero quia perraro accidit, ut nocentibus venia detur, ideo hoc jus princi-

pem sibi reservare, nec ulli concedere: at contra quia fontes plerumque puniuntur, idcirco jus animadvertendi certis magistratibus mandare solitum.

3. Verum ego hæc non usque adeo magni æstimo, imo falsum arbitror, quod ajunt imperium merum esse jus vitæ & necis. Nam qui magistratus merum imperium habent, nihil aliud habent, quam potestatem ad animadvertendum in facinorosos, & absolvendos innocentes: ac proinde quid jurisdictionale, separatum ab iis, quæ jura majestatis proprie dicuntur: at jus vitæ ac necis, damnatos morti eximere, pœnam remittere, pars est juris regii ac majestatis, quod summum imperium, non merum dicitur, neque cum alio communicatur: quamquam interdum fit, ut cum jura majestatis apud plures sunt, potestas condonandi delicti tribuatur uni, sicut nostri Ordines id tribuerunt Principi Auriaco. Utique merum imperium cum summo confundi non debuit: non meri, sed summi imperii sunt, leges condere, magistratus creare, bellum inferre, pacem facere &c. nec puto apud ullum idoneum auctorem reperiri positum merum imperium, pro summa in republica potestate.

4. Disputamus autem hic de more Romanis usitato, non de potestate Principis. Nemo enim est, qui nesciat posse Principem eumve, qui alio nomine summam reipub. tenet, non modo quoad usum nudumve exercitium alicui merum imperium concedere, verum etiam ita, ut illud tanquam proprio jure habeat, atque aliis quoque mandare queat. Quinimo potest Princeps alicui merum imperium concedere jure patrimonii, ita ut id etiam in bonis ejus reputetur, aliisque illud vendere & hæredibus relinquere possit, sicut hodie jurisdictio etiam criminalis in feudum data patrimonialis est. Potest & ex contrario Princeps ea, quæ sunt jurisdictionis, & ad causarum civilium duntaxat cognitionem pertinent, sibi reservare: quemadmodum initio civitatis omnia manu a Regibus gubernabantur *l. 2. §. 1. de orig. jur.*

5. Atque eo fortassis etiam respexit Azo, dum eum quidem solum, qui principatum in republica tenet, concedit habere jura majestatis, eaque soli sibi reservare: cæterum judicialia & jurisdictionalia cum his confundenda non esse contendit, cujus generis quoque sit merum imperium. Nam etsi omnium magistratuum potestas & jurisdictio a Principe tanquam a fonte promanat, tamen hæc diversimode magistratibus concedi posse & solere, vel ut tanquam jure quodam proprio ea habeant, aliisque eadem mandare possint, quali jure olim jurisdictionem & jurisdictioni cohærens imperium Romani magistratus habuerunt: vel ut tanquam nudam exercitationem juris alieni, sine potestate alteri ea mandandi, ut olim cognitio & executio criminum, id est, merum imperium lege vel senatusconsulto delegabatur, *l. 1. de off. ejus &c.* vel denique ut aliquis hæc habeat etiam jure patrimonii. Atque ita Azonis sententia indefinite citra considerationem juris Romani accepta, vera est.

CAPUT V.

De jurisdictione, quam vocant simplicem.

SUMMARIUM.

1. *Notionis verbum de causis omnibus promiscue prædicari, iisque etiam attribui, qui jurisdictione carent.*
2. *Jurisdictio nulla simplex, si consideretur in concreto.*
3. *Vocem jurisdictionis & stricte accipi & late, tum quæ qua significatione comprehendatur.*
4. *Specialiter concessa dici & ea, quæ sub nomine officii tribuuntur.*
5. *Definitio jurisdictionis in genere acceptæ, cum accurata exegesi.*

NUNC de jurisdictione videamus, prout ea vox in usu juris sumitur, mox etiam dicturi de imperio mixto, quod jurisdictioni cohæret: sed prius aliquid de verbo notionis dicendum est.

1. Notionis nomen latissimum est: nam & in civilibus causis & in criminalibus usurpatur. Prætoris notio esse dicitur, utrum actio danda, an deneganda sit *l. ult. in fin. de bl. & act.* item cum de alimentis testamento relictis transactio interponitur. *l. 8. §. 1. de transact.* cum disceptatur, utrum qui filius esse dicitur, in potestate sit, nec ne *l. 3. §. hoc autem, 3. de lib. exhib.* At in *l. 1. §. initio, 4. de offic. præfect. urb.* notio ad causas criminales & capitalem animadversionem refertur, & apud Hermogenianum in *l. ex omnibus, 10. ff. de offic. præf.* ad cognitionem causarum civilium & criminalium promiscue. Sed & ad eos quoque refertur, qui neque imperium, neque jurisdictionem habent: nam Ulpianus in *l. notionem, 69. de verb. sign.* scribit, notionem sic accipi posse ut & jurisdictio & cognitio intelligatur, videlicet, sine jurisdictione, ac proinde cum auctor edicti de re judicata dixisset, *cujus de ea re jurisdictio est*, idem Ulpianus in *l. 5. de re jud.* melius, inquit, dixisset, cujus de ea re notio est. Etenim notionis nomen, ait, etiam ad eos pertinet, qui jurisdictionem non habent, sed habent de quavis alia causa notionem: notionem nimirum nudam, id est, cognoscendi & judicandi potestatem duntaxat, sine jure sententiam, quam dixerunt, exequendi: qualis fuit judicum a magistratu datorum, *l. a Divo 15. pr. ff. de re judic.* Itaque quamvis judices dati notionem habuerint, jurisdictionem tamen non habuerunt, quia sententiam suam non potuerunt exequi, *d. l. a Divo.*

2. Di-

2. Dices, sententiam exequi non esse actum simplicis jurisdictionis, sed mixti imperii, quod jurisdictioni cohaeret. Fateor. Sed nego ullam esse jurisdictionem simplicem, si eam in concreto consideremus, ut a magistratu habetur; quoniam nullus est magistratus sine imperio cujus vi jurisdictionem suam tueatur, atque explicet. *l. ult. §. 1. ff. de offic. ejus &c. l. 2. ff. hoc tit.* At si consideretur in abstracto, vix est, ut jurisdictio aut actus jurisdictionis discerni possit a nuda notione activeve nudae notionis, quam judex pedaneus habet; utique in causis jurisdictionis contentiosae; excepto eo, quod judicem dare non nudae notionis, sed jurisdictionis est, *l. 3. in fin. ff. hoc tit.* Ex his jam intelligere possumus notionem & generis nomen esse, sub quo & jurisdictio comprehendatur, & speciei jurisdictioni opposita.

3. Jurisdictio duobus modis accipitur. Primo modo angustius & stricte pro ea potestate, quam quisque magistratus ex natura officii sui habet, sive propter eam ab initio creatus sit, sive eam obtineat more majorum: ut ecce, Praetor initio constitutus est ad hoc, ut de causis privatis inter civili judicio contendentes jus dicat; more hoc ei concessum, ut privata judicare jubeat. Proprie igitur dicitur praetori competere vi jurisdictionis suae, sive, quod idem valet, jure sui magistratus, & more majorum, ut privata judicet, aut judicare jubeat. Secundo modo paulo latius, ut ea quoque comprehendat, quae ad jurisdictionem magistratus proprie & more majorum non pertinent, aut ad id, propter quod initio creatus est, sed specialiter magistratui postea sunt concessa; utpote qua concessione, tanquam accessione quadam novae auctoritatis jus officiumque magistratus, & jurisdictio ejus plenior facta sit atque auctior: cujusmodi verbi causa jus est tutoris dandi potestas, quam Ulpianus *l. mutuo, 6. §. 2. ff. de tutel.* negat esse jurisdictionis, nempe stricte & proprie acceptae, verae & germanae: quia tale jus non est ex eorum genere, quae vi jurisdictionis suae aut more majorum magistratus habet, sed quae specialiter Magistratibus quibusdam lege, vel senatusconsulto, aut a Principe data sunt, & quae nisi nominatim tributa essent, magistratui non competerent. Recte tamen dixeris jus dandi tutores pertinere ad officium & jurisdictionem ejus, cui hoc concessum est, idque enim habere jure sui magistratus, si vocem jurisdictionis & juris magistratus paulo latius, ut diximus, accipias, nempe pro eo etiam jure, quod ex adventitia illa & speciali potestate magistratui competit, sive jure extraordinario, *arg. l. 1. ff. hoc tit. l. 8. §. sed nec, 18. ff. de transactionib. l. 3. de postul. l. 3. §. sed etsi, 5. ff. judic. solv. §. sed hoc jure, 4. Inst. de Attil. tut.* De similibus idem judicium esto. Mire in hujus rei explicatione variant DD. *in l. 1. hoc tit. in d. l. 6. §. 2. de tutel. & d. 4. Inst. de Attil. tut.* Don. 7. *comm.* 2. Coras. 5. *misc.* 24. Bellon. 1. *supp.* 2. Muscorn. *tract. de jurisdict. n.* 167. Scip. Gentil. *lib.* 1. *de jurisd. ad ovat. D. Marci*, *cap.* 1.

4. Illud hic observandum est, lege aut senatusconsulto concedi non tantum ea dici, quae in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Maevio: sed etiam quae in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta praetori, presidi, &c. *l. 1. l. 3. ff. de tut. dat. ab his.* Hodie tutoris dationem esse jurisdictionis ordinariae notant, Mynf. *ad §. nos autem, 5. Inst. de Attil. tut. n.* 11. & Vult. *ad eund. tit. n.* 10.

5. In latiore autem illa significatione accepta jurisdictio sic describitur. Jurisdictio est potestas juris dicundi in causa civili publice data aut permissa. His definitionis verbis, *juris dicundi in causa civili*; significatur quidem esse ex adverso potestatem quamdam juris dicundi in causis criminalibus: caeterum in usu juris nunquam ea potestas jurisdictio appellatur, sed perpetuo separatur a jurisdictione, unde & nomen ei meri imperii; neque insolens est, ut verbi alicujus latior sit usus, quam verbalis, ut supra demonstravimus. Sub causis civilibus comprehendimus etiam actus voluntariae jurisdictionis, veluti emancipationem, adoptionem, &c. Verbo *juris dicundi* excluditur notio pedaneorum judicum, quorum ministerio magistratus in judicando utebantur, unum aliquem actum iis committentes praescripta formula, quam sequerentur, & reservata sibi potestate exequendi, *l. 5. l. a Divo, 15. ff. de re jud.* Nimirum cum judices pedanei de facti veritate duntaxat cognoscant & inquirant, juris autem definitionem ex formula praescripta mutuentur, vix est, ut ipsi jus dicere videantur. Et alias quoque multum interest inter jus dicere & judicare. Separantur haec in *l. 4. §. 1. ff. de interrog. in jur. fac. & tit. C. ne quis in sua, ca. jud. vel jus dicat.* Pater in causa filii jus dicere prohibetur, *l. 10. ff. hoc tit.* judicare non item, *l. in privatis, 77.* cum *l. seq. ff. de judic.* quamvis si judex datus sit, recusari a parte adversa possit. Duar. 1. *disp.* 51. D. Tulden. *ad C. ne quis in sua caus. n.* 1. Postremo saepe jus dicitur etiam non interveniente sententia, ut in iis, quae sunt jurisdictionis voluntariae, puta adoptionibus, manumissionibus, bonorum possessione danda, &c. Ajo *publice data*, ut hinc removeatur potestas arbitrorum ad quos ex compromisso itur, quae non publica, sed privata est; quamobrem nec actio, nec exceptio ex eorum sententia nascitur, de quo forte alias dabitur dicendi occasio. Addo *aut permissa*, ut comprehendam etiam jurisdictionem mandatam, quae immediate jure publico non datur, sed permittitur, concessa ab iis, qui jurisdictionem directo acceperunt a populo, aut Principe, *l. 6. ff. hoc titul.* eodem fere sensu, quo tutela testamentaria & Attiliana ju-

se civili permissa dicitur, legitima data *l.* 1. *ff. de tutel.* eademque propemodum ratione prorogata quoque jurisdictio definitione continebitur. Atque hæc jurisdictionis in genere sumptæ definitio, ut est simplicissima, ita mihi & optima ac planissima videtur, utpote species omnes, nulla excepta, comprehendens. Aliorum definitiones, quarum magnam partem videre est apud Enuclear. Don. *lib.* 17. *comm.* 7. *litt.* F. nequaquam tam accuratæ. Illa autem Cujacii *parat. C. de jurisd. jurisdictio est notio, quæ jure magistratui competit*; qua nullam meliorem se composuisse scribit, soli convenit ordinariæ.

CAPUT VI.

De jurisdictione ordinaria, & extraordinaria, contentiosa & voluntaria.

SUMMARIUM.

1. *Ordinariæ jurisdictionis quæ sint.*
2. *Quæ jurisdictionis extraordinariæ.*
3. *Tutoris datio quo referenda.*
4. *Quo judicis dandi licentia.*
5. *Contentiosa jurisdictio quid, & quæ eo pertineant.*
6. *Jurisdictio voluntaria, & quæ ad eam referenda.*
7. *Quatenus admittendum, quod vulgo ajunt, actus jurisdictionis voluntariæ etiam extra territorium jus dicentis exerceri posse.*

POTERIT igitur secundum ea, quæ supra diximus; primum hoc modo dividi jurisdictio, ut alia sit ordinaria, quæ jure ordinario & more a majoribus recepto magistratui competit: alia extraordinaria, quæ competit ex speciali concessione legis aut Principis, non jure ordinario.

1. Prioris generis sunt omnia, quæ jurisdictionis sunt contentiosæ: quo etiam quodammodo pertinet missio in possessionem, facit *arg. in l.* 4. §. 1. *de offic. ejus, &c.* Bonorum possessionem dare voluntariæ jurisdictionis est, & tamen ad hoc idem genus pertinet, *arg. d. l.* 4. §. 1. videturque species esse jurisdictionis ampliatæ jure magistratus a prætore, ut & restituere in integrum.

2. Posterioris generis sunt cognitio super alienatione prædiorum minoris, per *l.* 2. §. 1. *d. tit. l.* 1. *de reb. eor. qui sub tut.* cognitio super transactione de alimentis testamento relictis, *l.* 8. *pr. & §. sed nec*, 1. *ff. de transact.* super manumissione a minore 20. annis facienda, quam causam prætor de consilii sententia examinabat ex lege Ælia Sentia §. 4. *Inst. qui & ex quib. caus. manum.* Eoque pertinet, quod Ulpianus in *l.* 2. *pr. de offic. ejus*, ait eum, cui mandata est jurisdictio, non posse exercere consilium, item cognitio, quam ex senatusconsulto prætor habet, si a familia dominus occisus esse dicatur, *l.* 1. *in fin. pr. de offic. ejus.*

3. Huc item referenda est tutoris datio, per *l.* 8. *ff. de tut. dat.* quam hoc respectu Jurisconsultus negat esse jurisdictionem *l.* 6. §. 2. *ff. de tutel.* nimirum in specie acceptæ & ordinariæ; quemadmodum Pomponius in *l.* 2. §. *hac omnia*, 33. *de orig. jur.* cum præfectum vigilum & annonæ negat esse magistratus, vocem magistratus ad ordinarios contrahit: ab aliis enim, Fenestella, Cassiodoro, in numero magistratuum recensentur.

4. Judicis dandi licentia in provinciis extraordinariæ, Romæ ordinariæ jurisdictionis fuisse videtur, *arg. l. cum prætor*, 12. §. 1. *de judic.* ubi Paulus scribit, judicis dandi potestatem more concessam esse magistratibus Romæ: lege autem datam proconsuli. Magistratus municipales etsi jurisdictionem aliquam habent, nusquam tamen legimus eos judicis dandi licentiam habuisse.

5. Secundo distribui potest jurisdictio in contentiosam & voluntariam: cujus distributionis fundamentum est in *l.* 2. *de offic. proconf. & leg.* Contentiosa jurisdictio est, quæ exercetur in invitos judicio pecuniario seu civili contendentes. Ad hanc pertinent actiones omnes, & quæ actionis instar habent, ut stipulationes prætoriæ, missio in possessionem; tum quæ ad judicium exercendum pertinent, ut judicis dandi licentia, *l.* 1. *l.* 3. *l.* 4. *ff. hoc tit. l. actionis*, 37. *ff. de obl. & act.* Atque hæc jurisdictionis species maxime proprie appellatione jurisdictionis continetur, deque ea potissimum agitur in *ff. & Cod. hoc tit.*

6. Voluntaria jurisdictio est, quæ exercetur auctore magistratu in volentes in iis, quæ geruntur extra judicium. Eorum autem, quæ ad hanc jurisdictionem pertinent, quædam præter probationem & auctoritatem magistratus nihil desiderant: cujus generis sunt adoptio, manumissio, liberorum emancipatio, quæ proinde etiam de plano transigi possunt, *d. l.* 2. *de offic. proconf.* §. 2. *Inst. de libertin.* quædam etiam causæ cognitionem & decretum magistratus, qualia sunt transactio de alimentis testamento relictis, prædiorum minoris alienatio, manumissio a minore 20. annis facienda, adrogatio impuberis, *l.* 8. §. 8. *ff. de transact. l.* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut.* §. 4. *Inst. qui & ex quib. ca. man. l. si paterfam.* 15. §. 2. *l. nec ei*, 17. *per tot. ff. de adopt.* Pertinet denique huc etiam decretalis bonorum possessio, per *l.* 2. §. 1. *ff. quis ord. in poss. serv.* Tutoris datio intermedium quoddam genus jurisdictionis est, quod quidem sine judicii contentione exercetur, sed tamen in invitos quia publicum tutela munus est, *pr. inst. de excus. tut.* Ad prius autem genus recte vulgo re-

fe-

ferunt bonorum possessionem edictalem, insinuationes testamentorum & donationum, quæ summam quingentorum aureorum excedunt, aperturam tabularum & testamentorum. Legitimatio autem vereor ut ad jurisdictionalia referri possit, & utique hoc jus est ex reservatis Principum.

7. Interpretes hanc differentiam inter exercitium actuum utriusque jurisdictionis observandum tradunt, quod quæ sunt jurisdictionis voluntariæ, etiam extra territorium jus dicentis exerceri possunt, *arg. l. 2. ff. de offic. proconsul.* contentiosa autem jurisdictio extra provinciam explicari nequeat, *l. ult. ff. hoc tit.* Cæterum hæc distinctio ad omnes actus voluntariæ jurisdictionis non pertinet: utique non ad eos, qui causæ cognitionem desiderant: nec ad alios fere, quam ad hosce tres, adoptionem, manumissionem, & emancipationem. Atque hi actus in specie dicuntur actiones legis, eo quod exerceri non poterunt nisi apud eum, penes quem erat legis actio, *l. 3. ff. de offic. proconsf. l. 1. ff. de offic. jud. l. 1. C. de adopt.* Paulus *lib. 2. sent. 25.* ubi scribit etiam apud magistratus municipales adoptari & manumitti posse, si habeant legis actionem, id est, apud duumviros, quibus data est legis actio. Apud defensores insinuari poterant testamenta & donationes. *Nov. 15. cap. 3.*

CAPUT VII.

De mixto imperio.

SUMMARIUM.

1. *Mixtum imperium quid sit, unde sit dictum, & an pars jurisdictionis.*
2. *Cur hoc imperium jungi jurisdictioni necesse sit.*
3. *Actus jurisdictionis & imperii revera esse diversos.*
4. *Præcedere semper actum jurisdictionis, sequi actum imperii, si opus sit.*
5. *Bonorum possessionem dare sitne actus jurisdictionis, an imperii, & n. 6. & 7.*
8. *ad l. 3. ff. hoc tit.*
9. *Jubere cavere prætoria stipulatione & in possessionem mittere, jurisdictioni, an mixto imperio adscribenda.*
10. *Explicatio l. 4. ff. hoc tit. junct. l. 28. ad munic.*
11. *Restituere in integrum, cognoscere de suspectis tutoribus jurisdictionis esse, non mixti imperii.*
12. *Divisionem imperii mixti in id, quod jurisdictioni inest, & id, cui ipsa jurisdictio, commentitiam esse.*
13. *Quicumque jurisdictionem habent, etiam mixtum habere imperium.*

1. NUNC tempus est, de eo genere imperii loquamur quod mixtum nostris appellatur: Mixtum imperium est potestas cohærens jurisdictioni, comparata ad eam tuendam atque explicandam. Dicitur mixtum, propterea quod conjunctum est cum jurisdictione, eique cohæret & inest, *l. 3. ff. hoc t. l. 1. in fin. ff. de offic. ejus &c.* Alias appellatur imperium non merum, *l. ult. §. 1. d. tit.* quia meri appellatio nulli mixto convenit. Hoc autem imperium, & jurisdictio licet ratione personæ, cui competunt, ita inter se conjuncta sint, ut alterum sine altero esse non possit: tamen ut nominibus sunt distincta, ita & re ipsa diversa sunt: id quod ex eo manifestum est, tum quod mandata jurisdictione hoc imperium simul transire dicitur, tanquam consequens jurisdictionis, eique perpetuo cohærens, *d. l. 1. §. fin. & d. l. ult. §. 1. de offic. ejus*, tum quod definitur modica coercitio, qua magistratus jurisdictionem suam tuetur atque explicat, *d. l. ult. §. 1.* ut non tam pars sit jurisdictionis, quam adjunctum inseparabile, quamquam hoc sensu dici potest unum quoddam cum jurisdictione compositum constituere.

2. Dicitur autem modica coercitio oppositive ad gravem animadversionem, in qua consistit imperium merum. Nimirum propter improbitatem hominum contumacium, & nec obedientium sententiis & decretis magistratuum in causis civilibus necesse fuit portionem aliquam quasi de imperio decerpere & jungere jurisdictioni, ut magistratus hac potestate armatus jurisdictionem suam defendere, & quæ vi jurisdictionis suæ statuit ac decrevit, executioni mandare possit, cæteraque facere, sine quibus jurisdictio foret elusoria.

3. Licet igitur imperium hoc conjunctum atque unitum sit cum jurisdictione, revera tamen, ut diximus, diversa sunt, atque actus jurisdictionis & imperii distincti, ut neque quod jurisdictionis est, imperio; neque quod imperii, jurisdictioni tribui debeat. Causam cognoscere, sententiam dicere, decernere, statuere, jubere, jurisdictionis sunt, non imperii: sententiam, decreta, statuta, jussa exequi manu militari, captis pignoribus aut indicta multa imperii, non jurisdictionis. Jubere in carcerem ire in causa pecuniaria mixti quoque imperii est, *l. 2. ff. de in jus voc.* & recte Scip. Gentil. *lib. 3. de jurisd. c. 10.* post Zas. *in l. 3. ff. hoc t. n. 47.* notat, quarundam coercitionum species mixto & mero imperio esse communes, qualis item est multæ dictio.

4. Et præcedit igitur actus jurisdictionis, quem sequitur actus imperii, si ei, quod vi jurisdictionis statutum aut decretum est, non pareatur. Si paretur, subsistit mixtum imperium in nuda potentia & actu primo. Hæc sententia uti simplicissima; ita & verissima est, licet paucos auctores habeat, & præter Goveanum

Lon-

Longovallium, Ant. Fabrum *lib.* 4. *conject.* 4. Bachovium *ad hunc tit.* fere neminem. In tantum ut cæteri juris magistri, qui decreta & jussa magistratuum imperii esse statuunt, veluti jubere cavere prætoria stipulationi, in possessionem mittere, passim imprudentes sibi contradicant, dum ajunt imperium mixtum esse coercitionem cohærentem jurisdictioni, ut nervos habeat, & illud positum esse in executione atque expeditione, vid. Curas. 3. *misc.* 17. Duar. *de jurisd. c.* 7. Dov. 17. *comm.* 6. Vaud. 2. q 35. Fachin. 9. *contr.* 95. Inter alios Scipio Gentilis *lib.* 1. *de jurisd. c.* 3. sic scribit: *Si consideramus materiam circa quam jurisdictio & imperium mixtum non differunt: utrumque enim pertinet ad causas civiles & pecuniarias. Quod si non res, sed vim ipsam atque naturam jurisdictionis, & imperii mixti spectamus, jurisdictionem esse dicemus, jus cognoscendi & statuendi de causis civilibus; mixtum vero imperium potestatem, quæ jurisdictioni cohæret, ejus tuendæ atque exequendæ gratia.*

5. Hinc jam judicare licet, utrum dare bonorum possessionem, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, jurisdictioni ascribenda sint, an imperio mixto. Non possunt adscribi imperio. Nam, ut de datione bonorum possessionis primum dicam, quis actus jurisdictionis hic præcedit, quem bonorum possessionem dando prætor defendat? quem coercet? cui multam dicit? Si cognitionem aliquam dicas præcedere, nulla est sententia, quam non præcedat cognitio, nemo autem unquam dixit, mixti imperii esse pronuntiare sententiam, eum, a quo quid petitur, absolvere aut condemnare. Et alioqui etiam pedaneis judicibus, quos constat jurisdictionem non habere, tribuemus partem imperii, jurisdictioni perpetuo annexam, & remotam a nuda notione, quam solam judices pedanei habent. Relinquitur ergo, ut dicamus bonorum possessionem dare non imperii, sed jurisdictionis esse.

6. Hoc ipsum & ex eo quoque perspicuum est, quod jus omne, quod in danda bonorum possessione versatur, introductum est juris veteris tum emendandi tum confirmandi gratia, teste Justiniano *in pr. Instit. de bon. poss.* Correctio autem juris civilis, temperatio, confirmatio non ab imperio aliquo proprie dicto, sed a jurisdictione prætoris veniunt, unde dicta omnia.

7. Sic igitur omnino habendum est, cum prætor alicui bonorum dat possessionem, aut si opus est, causa cognita pro tribunali decernit, quod requiritur in ea, quæ decretalis dicitur, *l.* 2. §. 1. *ff. quis ord. in bon. poss.* hunc actum non esse alicujus imperii, sed intra terminos jurisdictionis consistere. Quod si ex solo decreto bonorum possessio obtineri nequeat, jam prætor utetur imperio vique adhibita quod decrevit, exequetur, & coercebit obtinentes. Facit *l.* 3. *pr. ne vis fiat ei, qui in p. ff.*

8. Sed obstat nobis locus Ulpiani in *l.* 3. *ff. hoc tit.* ubi diserte Jurisconsultus ait, bonorum possessionem dare, esse mixti imperii: sic enim scribit: *Mixtum imperium est, cum etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Respondeo me non dubitare, quin lectio illius loci vitiosa sit, & vel cum Antonio Goveano legendum & distinguendum hoc modo; *Mixtum imperium est, cui etiam jurisdictio inest. Quod in danda bonorum possessione consistit, jurisdictio est. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia*, nihil enim tam frequens est, quam iterati verbi omissio: aut cum Antonio Fabro *lib.* 4. *conject.* 4. pro *quod* substituendum *quæ*, ad hunc modum, *cui jurisdictio inest, quæ in danda bonorum possessione consistit.* Utique verba sequentia, *Jurisdictio est etiam, &c.* ostendunt prius a Jurisconsulto prolatum fuisse exemplum jurisdictionis, non imperii: potuitque facile nasci error ex utriusque syllabæ & notæ similitudine. Hanc mihi responsionem extorsit manifesta ratio juris. Hotomannus *lib.* 7. *observ.* 16. & *in d. l.* 3. *hoc tit.* etiam pro his verbis, *cui jurisdictio inest*, legi mavult, *quod Jurisdictioni inest*, nec sane absque ratione. Nam proprie jurisdictio non inest imperio, sed hoc illi: & ideo non dicimus mixtam jurisdictionem, sed mixtum imperium: nec jurisdictionem cohærere, accedere, famulari imperio mixto, sed hoc jurisdictioni, *lib.* 1. *in fin. lib. ult.* §. 1. *de offic. ejus cui mand.* Cæterum non semper accurate satis loquuntur jurisconsulti: nec aliud sensisse existimo Ulpianum, cum mixto imperio inesse dixit jurisdictionem, quam imperium hoc jurisdictioni cohærere, hoc est, penes eum esse, cui competit jurisdictio.

9. His, quæ diximus, consequens est, neque imperii mixti esse: jubere cavere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere. Nam cum cavere jubet prætor, verbi causa, damni infecti nomine, & si non caveatur, decernit missionem in possessionem rei, de qua damnum timetur, vi jurisdictionis suæ id facit, non imperii, non magis quam sit judex in actione arbitraria aut bonæ fidei jubeat rem petitam restitui, & si jussui ejus non pareatur, contumacem condemnet, quanti adversarius in litem juraverit. Denique stipulationes prætorias omnes & ædilitias a jurisdictione venire aperte scriptum est apud Pomponium in *l.* 5. *pr. ff. de verb. obl.* At si ex decreto missus non admittatur, si vis ei fiat, hic jam succedit, quod diximus, imperium, quo decretum suum prætor manu ministrorum exequatur, *l.* 3. *ff. ne vis fiat ei qui in poss.*

10. Negotium plerisque facessit, quod apud Ulpianum *l.* 4. *ff. hoc tit.* & Paulum *l. ea quæ*, 26. *pr.*

26. *pr.* junct. §. 1. *ff. ad municipal.* legimus, jubere cavere prætoria stipulatione, in possessionem mittere, restituere in integrum, imperii magis esse, quam jurisdictionis. Me vero parum ista movent, quippe qui certus sum verbo imperii in *dd. legib.* nihil minus significari, quam mixtum imperium, de quo hic quærimus: nam alioqui dicere debebant jurisconsulti jubere cavere, & in possessionem mittere, jurisdictionis non esse, sed imperii mixti. Jam vero cum dicant ista magis esse imperii, quam jurisdictionis, illud significare voluerunt, esse quidem hæc jurisdictionis, sed eminentioris cujusdam, magisque imperiosæ, quam, ut cum Goveano loquar, juridicæ, in qua scilicet potestas majorum magistratuum, hoc est, eorum qui tribunali præsunt, relucet: minores autem magistratus, quales erant magistratus omnes municipales, ea quæ excellentioris hujus jurisdictionis sunt, facere non posse, *d. l. ea quæ*, 26. *pr. ff. ad munic.* Atque hoc respectu alibi magistratus omnes inferiores dicuntur esse sine imperio & potestate, *l. nec magistratibus*, 32. *ff. de injur.*

11. Hujus ejusdem generis est & restitutio in integrum, *d. l.* 26. §. 1. *ad munic.* quippe nec ulla hic coercitio, nec dici potest ea cohærere jurisdictioni &c. Cognoscere quoque & pronuntiare de quæstione suscepti tutoris ad hoc idem genus pertinere patet ex *l.* 1. §. *suspecti*, 11. *ff. ad senat. Turpil.* ubi legimus suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quæstione, quam præsidem posse pronuntiare, non quia id mixti sit imperii, nam & magistratus inferiores mixtum imperium habent: sed quia est excelsæ cujusdam & nobilissimæ jurisdictionis, quæ solis competit magistratibus majoribus, & imperii nomine passim a nostris designatur, *l.* 8. *& l. ult. de offic. proconsul. l.* 3. *de offic. ejus &c. l.* 2. *ff. de adopt. l. cum prætor*, 12. §. 1. *ff. de judic. l.* 7. §. *si paciscar*, 14. *ff. de pact. l. quod jussit*, 14. *ff. de re judic.* quibus omnibus locis nomen imperii tribuitur huic excellentiori jurisdictioni, eoque nomine significatur, imperium quidem majorum magistratuum, sed quod tamen positum sit in jure dicundo. Neque immerito cum quid magistratus vi jurisdictionis suæ facit, imperare dicitur, cum & ipsa vox imperii pro magistratu interdum usurpetur. Cic. *lib.* 3. *de legib. Justa imperia sunto*, id est, magistratus legitime creantor.

12. Plerique cum hæc non intelligerent, ut aliqua saltem ratione se expedirent, duo genera imperii mixti commenti sunt; unum, quod jurisdictioni cohæreat atque subserviat, comparatum ad jurisdictionem contentiosam tuendam atque explicandam: alterum, cui insit jurisdictio, seu cui tanquam principali jurisdictio accedat atque ancilletur: cujus generis sint ea, quæ magis imperii esse dicuntur, quam jurisdictionis: & hoc ideo, quia sicut in priore specie jurisdictio, ita in hac magis emineat imperium, ita Baro in *l. ult. de offic. ejus*, Muscorn. *de jurisd. n.* 143. Borer. *cap.* 4. 18. Obrecht. *c.* 12. *n.* 25. Hilig. ad Don. *lib.* 17. *comm.* 8. In quo toto cælo eos errasse ex iis, quæ modo diximus, manifestum est. Nullum enim est mixtum imperium, ac ne fingi quidem cum aliquo colore potest, quod per se subsistat cui accedat & famuletur jurisdictio: sed omne accedit & servit jurisdictioni, cum omne positum sit in modica aliqua coercitione, comparata jurisdictionis defendendæ atque expediendæ gratia.

13. Hoc autem constituto imperium mixtum consistere in modica coercitione, qua sine nulla sit jurisdictio; id imperium cohærere jurisdictioni, eique subservire, consequens omnino est omnes, qui jurisdictionem habent, etiam hoc habere imperium; ac proinde etiam magistratus minores in municipiis, cum & ipsi habeant jurisdictionem: Quemadmodum enim magistratus intelligi non potest sine jurisdictione, ita nec potest sine imperio aliquo, quo jurisdictionem suam tueatur, ratumque efficiat, quod statuit aut decrevit. Enim vero non est necesse, ut quicunque magistratus est, omnes partes hujus imperii habeat, sicut nec ex diverso, ut habeat plenam jurisdictionem: at partem saltem aliquam habere oportet, quæ muneri cujusque tuendo sufficiat. Sic magistratus municipales etsi forte jus multæ dicendæ non habeant, *argum. l.* 1. *pr. si quis jus dic. non obtemp. l. aliud est fraus*, 131. §. 1. *de verb. sign.* pignoribus tamen captis jurisdictionem suam tueri possunt, *l. quemadmodum*, 29. §. *pen. ff. ad leg. Aquil. l.* 3. §. 1. *de reb. eor. qui sub tut. l.* 4. §. 2. *de damn. infect.* non male in hanc sententiam disserit Donel. *lib.* 17. *comm. c.* 7.

CAPUT VIII.

De jurisdictione propria & mandata.

SUMMARIUM.

1. *Quinam propriam jurisdictionem habeant.*
2. *An legatus proconsulis.*
3. *Mandata jurisdictio quid.*
4. *Quid sit, mandare jurisdictionem.*
5. *Eum, cui mandata est jurisdictio, magistratum non esse.*
6. *Quæ jurisdictio quibus mandari possit.*
7. *Mandari posse, quæ sunt jurisdictionis ordinariæ; non posse, quæ extraordinariæ, & quare item n.* 8. *&* 9.
10. *Manumissio, adoptio, emancipatio an apud delegatum exerceri possint.*
11. *An apud legatum proconsulis, ad l.* 17. *ff.* de

de man. vind. & l. 2. §. 1. junct. l. 3. de off. proconf.

12. *Tutoris datio an mandante magistratu transeat.*

13. *Etiam causas cognitionis pretoriæ mandari posse.*

14. *Mandata tamen simpliciter jurisdictione non transferri.*

15. *An mandari possit mixtum imperium.*

NONDUM omnia jurisdictionis genera executi sumus: itaque illuc redeo, & me confero ad reliqua explicanda. Notabilis est distributio jurisdictionis in propriam, mandatam, & prorogatam. Nimirum jurisdictio quædam competit jure proprio, quædam non jure proprio, sed beneficio alterius.

1. Propriam habent magistratus, utpote quibus ea potestas principaliter data, *l. 6. ff. hoc tit.* ad hoc enim magistratus a populo aut principe creati & constituti sunt, ut jus dicant reddantque, *l. 2. §. post originem*, 13. *de orig. jur.* qui ob id etiam jurisdictioni præesse dicuntur, *l. 12. de legib. l. 10. ff. hoc titul. l. 1. ff. de judic.* Nec tantum magistratus ordinarii propriam jurisdictionem habent: verum etiam qui extra ordinem constituuntur juris publice dicundi causa, ut præfectus vigilum & annonæ, *l. 3. §. 1. de offic. præf. vigil.* eoque referri possunt & delegati a Principe. Item magistratus municipales, quorum jurisdictio continetur intra territorium cujusque municipii, *l. 3. ff. de tut. dat. l. duumvirum*, 53. *C. de decur. lib.* 10.

2. Cum autem non alii, quam magistratus hanc jurisdictionem habeant, sequitur nec legatum proconsulis propriam habere jurisdictionem: scilicet quia nec legatus magistratus est: erratque Onufrius *lib. 3. de imp. Rom.* legatum referens inter magistratus populi Romani. Nam magistratus ex ipsa creatione immediate a populo aut Principe jurisdictionem accipiunt: legatus autem, etsi proconsuli adjutor in partem curarum a senatu dabatur, ut ex Appian. supra retulimus, jurisdictionem tamen a proconsule accipiebat *l. 4. ult. l. 12. & l. seq. de offic. proconsul. l. 1. §. an autem 4. ff. de suspect. tut.* Aperte autem inter se pugnant, eandem jurisdictionem & mandatam esse & propriam; eundem pro suo imperio agere, & alienis partibus fungi, *l. 1. §. 1. de offic. ejus.* Quod si legatus suo jure haberet jurisdictionem, utique & alii eam mandare posset per *l. 5. hoc tit.* quod tamen nusquam traditum est, nec morte proconsulis finitur, contra *l. 6. eod.* Govean. *in d. l. 6. n. 9.* Potest quidem dici etiam legatum quædam propria habere, *l. 13. de offic. proconf.* sed ea videlicet, quæ mandata non sunt, nec mandari possunt, veluti jus dandi tutoris, *l. pen. eod. tit.* quod ei specialiter datum est oratione Div. Marci, *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat.* Nec tamen eo modo hæc dicuntur propria, quo illa, quæ jure magistratus competunt; sed quia hæc a proconsule non accipit legatus, nec in iis proconsulem recognoscit. Atque ad hæc forte referendum, quod Venulejus *l. 2. ff. quis, & a quo appell.* scribit, a legatis proconsulem appellari, de quo plura inferius. Apud nos item magistratus omnes & soli propria sunt jurisdictione præditi: Vasalli autem de jurisdictione cum feudo investiti etiam jurisdictionem habent patrimonialem, quam & in hæredes una cum feudo transmittunt. Itaque hi non sunt simplices magistratus. Ejus autem jurisdictionis, quæ proprio jure non competit, dum species recte constituuntur, mandata & prorogata. De utraque hac specie dicemus separatim, ac primum de mandata.

3. Mandata jurisdictio est, quam quis habet delegatam ab iis, qui eam proprio jure obtinent: ac proinde beneficio alieno, *per l. 5. ff. hoc tit.* Quatuor hic fere quæstiones examinandæ occurrunt, 1. possitne quam quis jurisdictionem habet, eam alteri mandare, 2. si potest, quando pro potestate sit mandata, 3. quatenus mandata transeat, 4. translata quomodo & quando finiatur.

4. Primo satis constat jurisdictionem, quam quis habet, alii mandare posse, sed inquam mandare, id est, alii exequendam dare, qui eam nomine mandantis exerceat, *l. 3. de off. ejus &c. l. solet*, 16. *ff. hoc tit.* qui vice & partibus ejus qui mandavit, utatur, *l. 1. §. 1. de offic. ejus*, ac proinde etsi is, cui mandata est, eam exercet, nihilominus tamen, qui mandavit, jus dicere intelligitur, per *l. 5. §. 3. ff. de adm. tut.* & mandatarius jurisdictionis simplex & purus vicarius est, non magistratus. Transferre autem jurisdictionem suam in alium, atque ab se abdicate nemo potest, *l. pen. ff. de offic. præsid.* quoniam nimirum hac translatione constitueret magistratum, quod solius est supremæ potestatis. Vult. *ad l. 3. C. hoc tit.* Scip. Gentil. *l. 2. de jurisd. c. 26.* estque perspicuus error Busii in *l. 1. §. 1. n. 2. & 4. de offic. ejus*, asseverantis etiam eum, cui mandata est jurisdictio, magistratum esse: non enim quævis juris dicundi potestas magistratum facit, sed ea tantum, in qua principem obtineas locum, quam tuo jure, non alieno mandatu exerceas, ut recte Donell. 17. *comm.* 7. Potest sane is, qui summæ rei præest, majores creans magistratus, his imperiri facultatem minores constituendi, sicut apud nos quædam civitates jus magistratus eligendi a Principe habent: sed tale jus magistratibus Romanis concessum fuisse nusquam proditum est.

5. Cæterum non omnes, qui jurisdictionem habent, eam mandare possunt: sed nec cuivis mandati jurisdictio, neque omnia possunt, quæ sunt ejus, qui jurisdictionem habet, ut jam

jam amplius hic quærendum sit, quis, cui, quatenus, quid eorum mandare possit.

6. Et more majorum ita comparatum fuit, ut is demum jurisdictionem mandare posset, qui eam suo jure, non alieno beneficio haberet, *l. more majorum*, §. *ff. h. t.* qui haberet propriam, non etiam qui sibi mandatam, *l. ult. de off. ejus*. Qui enim utitur aliena, is eam alteri utendam dare non magis potest, quam rem sibi commodatam alteri commodare *fac. l. nemo plus*, 54. *de reg. jur.* Hinc vulgatum illud, delegatum subdelegare non posse: cujus quidem regulæ exceptiones aliquot recensentur a Costalio in *d. l. ultim. de offic. ejus*, sed quæ natæ sunt ex errore confundentium delegationem jurisdictionis cum datione judicum. Una exceptio ex parte vera, quod delegatus Principis subdelegare potest: de quo pluscula cap. sequenti. Mandari porro jurisdictio iis omnibus potest, qui & judices dari possunt. Qui autem idonei judices non habentur, iis nec jurisdictio recte mandabitur: quo in numero sunt surdus, mutus, perpetuo furore laborans, impubes, senatu motus, fœmina, servus, quibus foro interdictum est, & si qui sunt similes, *l. cum prætor*, 12. §. 2. *ff. de judic.* & ibi gloss. & DD.

7. Sed nec omnia, quæ sunt jurisdictionis in genere acceptæ, mandari possunt: nam ut supra dictum est, quædam jurisdictio est extraordinaria, & adventitia, quæ competit ex speciali concessione legis aut Principis: quædam ordinaria & genuina, quæ magistratui competit jure sui magistratus. Quæ jurisdictionis sunt ordinariæ, ea omnia mandari possunt & mandata jurisdictione transeunt. At contra nihil eorum mandari potest, quæ specialiter lege, senatusconsulto, vel constitutione Principis conceduntur, nec quicquam eorum mandata jurisdictione transfertur, *l. 1. de off. ejus*, *&c.* Nimirum quæ jure magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt: quæ autem specialiter magistratui concessa sunt, non transeunt, quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem magistratus, cui tributa sunt, necessario non pertinet.

8. Mandari igitur possunt, quæcunque sunt jurisdictionis contentiosæ, & mandata jurisdictione transferuntur: inter quæ & jubere cavere prætoria stipulatione, & in possessionem mittere, de suspectis tutoribus cognoscere, *l. 4. pr. & §. 1. de off. ejus*, *l. 1. §. an autem*, 4. *ff. de suspect. tut.* Jure quoque ordinario magistratui competit bonorum possessionem postulantibus dare, quamvis id voluntariæ sit jurisdictionis: proinde & hæc potestas mandari potest, *d. l. 4. §. 1. de off. ejus*.

9. Ex contrario jus cognoscendi super transactione de alimentis ultima voluntate relictis, super alienatione prædiorum minoris, super adrogatione impuberis, manumissione a minore viginti annis facienda, non recte mandatur, quia jurisdictionis extraordinariæ est, sive specialiter & extra ordinem concessæ, *l. 2. pr. & §. 1. de off. ejus*, *l. 8. pr. & §. sed nec*, 18. *de transact.* *l. si paterfam. & ll. seqq. ff. de adopt.*

10. Eandem fere rationem habet, quod hi actus voluntariæ jurisdictionis, adoptio, manumissio, emancipatio, quæ proprie legis actiones dicuntur, mandari non potuerint, *l. 1. C. de adopt.* *l. 2. §. 1. & l. 3. de off. proconf.* ex quibus locis discimus, hujusmodi actus expediri non posse, nisi apud eum, apud quem plena sit legis actio: eum autem, cui mandata est jurisdictio, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Sunt qui existimant hasce legis actiones magistratibus Romanis proprio jure competiisse, singulari tamen cum restrictione, ut ne mandarentur: atque inde factum, ut iis, quæ speciatim concedebantur, annumerarentur; ut vero aliis magistratibus competerent, lege & speciali concessione opus fuisse, *per l. 1. de off. jud. l. apud præfectum*, 21. *de manum. vind. l. 1. C. de vind. libert.* At hæc eodem recidunt.

11. Objicitur hic nobis *l. apud proconsulem*, 17. *de manum. vind.* ubi ita scriptum est: *Apud proconsulem, postquam urbem egressus est vindictâ manumittere possumus. Sed & apud legatum ejus manumittere possumus*, cui loco e diametro obstat *l. 2. §. 1. de off. proconf.* verba hujus loci sunt hæc: *Apud legatum proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem*, nimirum voluntariam, qualem habet proconsul. & mox *l. 3. eod.* subjicitur, *Nec adoptari potest: omnino enim non est apud eum legis actio*. Duarenus *ad tit. de off. proconf.* Hotomannus 2. *amic. resp.* 1. & alii hæc loca conciliant adhibita hac distinctione, ut intersit, utrum legatus provinciam jam ingressus sit, an necdum. Quandiu nondum ingressus est provinciam, actum manumissionis apud eum celebrari non posse, eoque pertinere *d. l. 2. & 3. de off. proconf.* posse autem, ubi provinciam ingresso a proconsule mandata est jurisdictio; quo referunt *d. l. apud proconsulem*, 57. *de manum. vind.* Huic conciliationi per me licet, qui volet, acquiescat potius quam antinomiam in re, quæ apud antiquos minime dubia esse potuit, admittat. Sed tamen, ut verum fatear, nunquam mihi hæc conciliatio probabilis visa est. Primum quia quod Paulus initio *d. l. apud consulem*, 17. *de man. vind.* ait, posse apud proconsulem manumitti, postquam urbem egressus est, idem eum intellexisse omnino verisimile est & in eo, quod mox subjicit, de legato, ut scilicet & apud eum manumissio procedat, simulatque urbem egressus sit. Deinde quia ratio, ob quam Marcianus in *d. l. 2. §. 1. de off. proconf.* negat apud legatum manumissionem fieri posse, nempe quia talem jurisdictionem non habet, admissa superiore

riore distinctione inepta plane est: Nam legatus antequam provinciam ingressus jurisdictionem a proconsule accepit, nullam omnino habet, ac ne mandari quidem ei ante jurisdictio a proconsule potest, *l. 4. §. post hæc, 6. de off. proconf.* Postremo ratio ab Ulpiano allata in *l. 3. eod. tit.* quod omnino non sit apud legatum legis actio, manifesto excludit etiam id tempus, quo legato jam provinciam ingresso a proconsule mandata est jurisdictio. Quod si jurisdictio in hac causa mandari potuit legato, velim aliqua mihi detur ratio, cur mandari nequiverit, simulatque proconsul ipse eam potuit exercere, id est, statim quam urbem esset egressus. Suspicor igitur lectionem *d. l. 17.* mendosam esse, & pro *apud legatum ejus*, reponendum, *apud legatum Cæs.* id est, *Cæsaris*, erroremque natum ex notis *ejus* & *Cæsaris*, quod & ante me nonnulli alii suspicati sunt, teste Gothofredo. Est autem legatus Cæsaris idem, qui passim præses provinciæ appellatur, *l. pen. ff. de off. præs.* & probabile admodum est, jurisconsultum ostendere voluisse idem proconsulis & præsidis hac in causa jus fuisse, atque apud utrumque simulac urbem egressi essent, manumissionem expediri potuisse.

12. Tutoris quoque datio ex speciali concessione est, non jurisdictionis ordinariæ, *l. 6. §. 2. ff. de tutel.* idque ex eo intelligimus, quod olim prætor urbanus cum majore parte tribunorum plebis id jus habuit ex lege Attilia, præsides provinciarum ex lege Julia & Titia, *pr. Inst. de Attil. tut.* postea consules, & mox prætores ex constitutionibus, *§. 3. Inst. eod. tit.* Quapropter nec hanc potestatem mandante magistratu transire traditum est *l. 8. de tut. dat.* nec obstat, quod apud Justinianum legimus, jussu præsidum magistratus municipales tutorem dare posse, *§. 4. Inst. d. Attil. tut.* Nam hoc non ita accipiendum est, quasi vi jussus aut mandati magistratus potuerint dare tutores (nam his quoque id jus specialiter datum est *l. 3. de tut. dat.*) sed quod non ante hoc jus usurpare poterant, quam rem ad præsidem, cujus priores partes erant, detulissent, isque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, ad eos remisisset, *l. 1. §. si præses, & 1. si curatores, ff. de magist. conven.* Nec admodum dissimile est exemplum legati proconsulis, qui mandata demum a proconsule jurisdictione tutorem dare potest, *l. 13. junct. l. pen. de off. proconf.* cæterum non propter mandatam jurisdictionem, sed quia id ei specialiter datum est oratione D. Marci, *l. 1. §. 1. ff. de tut. dat.* Merum imperium mandari non potuisse, quod & ipsum ex speciali concessione magistratibus quibusdam competit, supra relatum est, sed hoc a jurisdictione remotum.

13. Illud hic quæsitum est, an etiam causæ cognitionis prætoriæ mandari possint, hoc est, causæ, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant, quæ etiam extraordinariæ cognitiones dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula expediebantur & disceptabantur a magistratu ipso: cujusmodi causæ erant, cognitio de salariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, *l. 1. de extraord. cognit.* persecutio fideicommissi, *l. pecuniæ, 17. §. 2. ff. de verb. signif.* Ulpian. *in fragm. tit. 25. §. 10.* petitio liberorum, qui in potestate sunt, *l. 1. §. 2. de rei vind.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l. in causæ, 13. §. 1. l. quod si, 24. §. ul. ff. de minor.* Et quidam existimaverunt hujusmodi causas mandari non posse, inter quos & D. Cujacius *lib. 7. obs. 24. & in d. l. pecuniæ, 178. §. 2. de verb. sign.* ubi ait eas magistratui specialiter concessas. Sed perperam, ut mea quidem fert opinio. Nam quod in hisce causis judex dari non potuit, *l. 2. C. de pedan. judic.* ex eo non continuo sequitur, nec mandari potuisse: quod enim judex in his causis dari non potuerit, id propriam rationem habet, quia certo jure non nitebantur, neque certæ & ordinariæ harum causarum erant actiones aut formulæ, ut patet ex *d. l. quod si 24. §. ult. de minor.* Ex hoc edicto, inquit ibi Paulus, nulla proprie actio vel cautio proficiscitur; totum enim hoc pendet ex prætoris cognitione. Ratio autem nulla est, cur minus jurisdictio in his causis, quam in aliis mandari possit, quod & Scipio Gentilis *lib. 1. de jurisd. c. 20.* bene observavit. Nimirum cognitio prætoria vel præsidialis est etiam in eo, cui mandata est jurisdictio, licet non sit in judice dato. Quæ decretum requirunt & pro tribunali explicanda sunt, prætorem desiderari dicuntur, *l. ubicumque, 105. de reg. jur.* nec tamen hinc excluditur is, cui jurisdictio mandata est, qui vice ejus, qui mandavit, fungitur sed tantum judices pedanei & magistratus municipales qui pro tribunali non cognoscebant: atque hinc explicandum quod dicitur in *l. 1. §. suspecti, 11. ff. ad sen. Turp.* suspecti tutoris accusationem tantum pro tribunali examinari posse, neque de hac quæstione alium, quam præsidem posse pronunciare: nam hujus quoque rei cognitionem mandata jurisdictione transire constat, *l. 1. §. 4. ff. de suspect. tut.*

14. Plane si quis quærat, an jurisdictione simpliciter mandata, etiam cognitio super hujusmodi causis translata intelligatur, responderem non intelligi translatam: neque enim omnia, quæ specialiter mandari possunt, in genere mandata jurisdictione transeunt, per *l. 4. de off. ejus* junct. *l. 1. §. 4. ff. de susp. tut.* ubi rescripto decisum, non an cognitio de suspectis tutoribus in specie mandari potuerit, sed an jurisdictione simpliciter mandata, ista quoque mandata intelligeretur. Sic in mandato procuratorio generali non omnia continentur, sed quædam requirunt mandatum speciale: quos casu collegit Mozz. *c. de divis. mand. n. 11. & seqq.*

15. Me-

15. Memini quoque quæsitum esse, an mixtum imperium mandari possit. Sed hæc quæstio mihi inepta atque absurda videtur, nisi ita accipiatur, an mandata jurisdictione simul imperium, quod non est merum, transeat. Inauditum quippe est imperium mixtum, quod jurisdictionis suendæ causa comparatum est, veluti multam exigere, pignora capere, quod est apparitorum, seorsum mandari sine jurisdictione. Quod si ita quæstio proponatur, an mandata jurisdictione etiam imperium mixtum in eum, cui jurisdictio mandata est, transeat, nullam causam video, cur id affirmare dubitemus, cum sine ullo imperio jurisdictio explicari nequeat, & sunt in eam rem textus expressi in *l. 1. §. 1. l. ult. §. ult. de off. ejus*. Plane imperium mixtum, quod jurisdictioni extraordinariæ & adventitiæ subservit, mandata jurisdictione non magis transit quam ipsa illa jurisdictio.

CAPUT IX.

Quando jurisdictio mandata, quatenus & quo effectu translata intelligatur.

SUMMARIUM.

1. *Quando jurisdictio mandata intelligatur.*
2. *Quid intersit, magistratus an Princeps jurisdictionem mandet, item n. 3. & 4.*
5. *Ex quo æstimandum, quatenus jurisdictio transeat.*
6. *Jurisdictionem mandatam sic transferri, ut semper maneat aliena, ejusque rei effecta.*
7. *Neque hinc excipiendum esse legatum proconsf. ubi explicatur* lex. 4. §. ultim. de off. proconf.
8. *Sententia* l. 13. eod. tit.
9. *Explicatio* l. 2. quis a quo app.
10. *In eum, cui delegata est jurisdictio, etiam mixtum transire imperium, ubi insignis veterum interpp. error reprehenditur.*
11. *Sententia* l. 13. ff. h. t.
12. *Apud Belgas morem delegandi judices fere exolevisse.*

1. MANDATA jurisdictio intelligitur, ubi magistratus dicit se mandare aut delegare alicui jurisdictionem suam, se jurisdictionem suam alicui exercendam dare, sive velle se, ut quis in jurisdictione vice sua & partibus fungatur, sive jurisdictionem suam alicui dare, *l. 3. l. 4. de off. ejus, l. solet, 16. ff. hoc tit.* Necesse autem est, ut delegatus exhibeat literas mandati; alioqui ei non creditur, *c. cum in jure 30. de off. deleg.*

2. At enim multum interest, Princepsne, an magistratus his verbis utatur: nam si magistratus quibuscunque ex superioribus verbis usus fuerit, nihil amplius, quam mandasse jurisdictionem intelligitur. Quod si magistratus judicem dare se aliquem dixerit, is nudus judex erit: cujus rei effecta hæc, ut nec jurisdictionem habeat, neque alium judicem dare possit, nec sententiam, quam tulerit, valeat exequi, *l. 9. judice, C. de judic. l. 5. l. a Divo, 15. ff. de re judic.* quod contra esset, si his verbis jurisdictio mandata intelligeretur, *l. 2. l. 3. in fin. h. t. lib. ult. §. 1. de off. ejus.*

3. Utrumque hoc contra in Principe. Cum princeps jurisdictionem alicui dedit, in eam propriam habebit, non tanquam mandatum: utpote quæ tanquam a lege profecta sit: siquidem potestas dandi & efficiendi propriam, quam magistratus non habent, in Principe cum voluntate concurrit, per *l. 6. ff. h. t.* junct. *l. 1. ff. de const. princ.* Effectus hic, ut ne finiatur hæc jurisdictio morte Principis, quod contra futurum erat, si mandata tantum intelligeretur, *d. l. 6. h. t.* Rursus quem Princeps judicem tantum dedit, ei & jurisdictionem mandasse intelligitur, id quod potestas huic judici tributa manifesto probat. Nam qui a Principe judex datus est, is etiam alium judicem dare potest; atque ab hujus sententia appellatur is, qui cum dedit, non Princeps, *l. 1. C. de judic. l. un. in fin. C. qui pro sua jurisd.* junct. *l. 1. l. ult. ff. quis a quo appellat.* Atque hanc mentem esse Principis causam aliquam delegantis existimari par est, tum propter occupationes ejus, tum quia etiam ipsa executio majestate ejus est inferior.

4. Cæterum cum mandata duntaxat jurisdictio in persona judicis a Principe dati accipiatur, idcirco morte Principis ea finietur, *d. l. 6. ff. h. t.* Hinc jam facile intelligi potest, quatenus recipiendum quod vulgo tradunt, delegatum Principis subdelegare posse, nempe posse cum alium judicem dare; idque semper, non tantum si propriam habeat ex datione Principis jurisdictionem, sed & si mandatam duntaxat, qualem etiam in eo agnoscimus, qui vel judex a Principe datus sit: jurisdictionem autem alii delegare non posse, nisi ex voluntate Principis ejus propria facta sit: quod ut jam diximus, contingit etiam jurisdictione a Principe mandata.

5. Quatenus mandata jurisdictio transeat ex ipso mandato æstimandum est, quemadmodum & in cæteris rebus omnibus fines mandati custodiendos esse constat, *l. solet, 16. & ll. seqq. ff. h. t. l. 5. ff. mand.* ac proinde ad cautelam advocati pertinere tradunt, ut petat palam commissionem legi, atque animadvertat, quid & quantum mandatum sit. Potest & ipse committens super dubio consuli. Gail. 1. *obs.* 35. *n.* 3. *& seqq.* Et igitur si tota jurisdictio mandata est, universa transit, ut tamen semper excepta esse intelligantur, quæ mandanti specialiter concessa sunt: nam absurdum esset generali oratione plus tribui & concedi posse, quam speciali, *l. so-*

l. solet, 16. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *de off. ejus*. Si pars tantum mandata, pura in certas personas aut causas, nihil amplius, quam quod mandatum est, transit, *l. prætor*, 17. *ff. h. t.* Quinimo etsi simpliciter & indefinite jurisdictio mandata sit, ea tamen, quæ sunt cognitionis prætoriæ, transire non puto, sed ut transeant, opus esse mandato speciali, secundum ea, quæ dicta sunt capite præcedenti.

6. Quicquid autem hic transfertur, meminerimus hactenus transire, ut semper sit aliena jurisdictio: neque pro suo imperio quicquam agat is, qui mandatam jurisdictionem suscepit, etiamsi & ipse prætor sit: sed mandatoris vice in ea exercenda fungatur, proprium nihil in ea habens, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de off. ejus*, *d. l. solet*, 16. *ff. h. t.* Unde est, quod ab eo, cui mandata est jurisdictio, non provocatur is, qui mandavit, sed ille, a quo ipse provocaretur, *l.* 1. §. 1. *ff. quis a quo appell.* ne videlicet idem videatur appellari ab eodem. Nec excipimus hic legatum proconsulis: nam & legati jurisdictio vicaria & aliena est, positumque in arbitrio proconsulis utrum jurisdictionem mandet, vel non mandet: quamvis mandatum temere aut inconsulto principe revocare nequeat, *l.* 6. §. 1. *l. legat.* 13. *de off. proconf.* Neque ei quod dicimus, adversatur responsum Ulpiani *l.* 4. §. *ult. d. tit.* hoc enim jurisconsulti pronuntiato, *proconsul ingressus provinciam mandare jurisdictionem legato suo debet*, non simpliciter injungitur proconsuli jurisdictionis mandandæ necessitas; sed verbum *debet* in hoc responso ad tempus, quo mandanda jurisdictio est, refertur, præsupposita mandandi voluntate: ut hic sit sensus, si vult mandare, debet hoc facere provinciam ingressus. Etenim non quæritur ibi, an mandare proconsul jurisdictionem possit vel debeat, sed quando debeat, nimirum postquam provinciam ingressus est. Atque hanc esse sententiam jurisconsulti evincit ratio ab illo subjecta: ait enim absurdum esse, ut proconsul mandet jurisdictionem, prius quam ipse jurisdictionem nactus sit. Sed etsi hoc largiremur, proconsulem præcise debere jurisdictionem legato suo mandare, ex eo tamen non protinus sequitur, eam legati propriam fieri: nam alioqui & ipse eam mandare alii posset, nec morte proconsulis solveretur, quod utrumque secus se habere ostendimus capite proxime præcedenti.

8. Multo minus ex eo, quod Pomponius *l.* 13. *de off. proconf.* scribit, legatos proconsulis nihil proprium habere, nisi a proconsule mandata eis fuerit jurisdictio, inferri potest; ergo ubi mandata est jurisdictio, eam habent propriam: sed hoc tantum, ergo mandata jurisdictione, quædam propria habent, atque hoc suo sensu recte dici non negamus, hujus autem generis sunt, quæ specialiter legato tributa, occasione quidem, sed non vi mandatæ jurisdictionis, veluti tutoris datio, *l.* 1. §. 1. *ff. de tut. dat.* judicis dandi licentia, *l.* 12. §. 1. *ff. de jud.* jot multæ dicendæ, *l.* 2. *in fin. ff. eod. tit.* quæ ideo legati propria esse dici possunt, quia ea a proconsule non recognoscit, quod fusius exposui *cap. præced.*

9 Sed quærat aliquis, si legatus propriam jurisdictionem non habet, quæ sit ratio, quod a legato appelletur proconsul, *l.* 2. *ff. quis a quo appell.* cum a cæteris, quibus delegata est jurisdictio, provocetur, non qui mandavit, sed ille, qui provocaretur ab ipso delegante, *l.* 1. §. 1. *eodem*. Respondeo, non existimo perpetuum esse, ut a legato provocetur proconsul, sed in iis duntaxat causis obtinuisse, quas diximus ex speciali concessione, non vi mandatæ jurisdictionis ad legatum pertinere: puta si tutoris aut judicis a se dati excusationem non admiserit, aut multam alicui dixerit. Neque huic responsioni nostræ refragatur Venulejus in *d. l.* 2. *quis a quo appell.* quoniam & ille multæ dictionis tantum meminit, nec dicit simpliciter proconsulem a legato appellari, sed appellari posse: nempe aliquando, & positis, ut loquuntur, terminis habilibus.

10. Porro cum is, cui jurisdictio mandata est, in ea exercenda vice mandantis fungatur, & ut supra demonstravimus, etiam imperium mixtum, quod jurisdictionis defendendæ & exequendæ gratia comparatum est, transeat, poterit utique mandatarius & sententiam, quam dixit, ipse exequi, *leg.* 1. §. *ult. leg. ult.* §. 1. *de off. ejus*, *leg.* 2. *ff. hoc tit.* Atque insignis veterum interpretum hic error est, qui negant, posse delegatum jurisdictionis sententiam suam executioni mandare, Bart. & DD. *in leg. a D. Pio*, 15. *ff. de re jud.* & *leg.* 5. *ff. hoc tit.* quos sequitur Gail. *lib.* 1. *obs.* 97. *num.* 7. Decepit eos *d. l.* 15. *pr. de re jud.* quoniam non animadverterunt Jurisconsultum illic loqui de judicibus datis seu pedaneis, non de eo, cui mandata est jurisdictio. Nimirum illi confundunt mandatarium jurisdictionis cum judice pedaneo: item mandare jurisdictionem & judicem dare aut delegare: unde existimarunt nec judicem dari posse ab eo, cui delegata est jurisdictio, per *l.* 5. *ff. h. t. l. ult. de off. ejus*. Sed longe aliud est jurisdictionem mandare aut delegare, aliud simpliciter dare judicem. Qui jurisdictionem mandat, is quidem etiam judicem constituit, sed cum imperio & potestate exequendi, quod is, cui jurisdictio mandata est, hoc est, commissa alienæ jurisdictionis exercitio, facere non potest. Judicem vero dare non prohibetur, *l.* 1. *l.* 3. *ff. h. t.* quia judice dato non transfertur jurisdictio, sed nuda solummodo notio conceditur, id est, facultas cognoscendi & judicandi sine judicati exequendi potestate, *l.* 5. & *d. l.* 15. *de re jud.*

11. Obstare creditur responsum Ulpiani in *l. eum, qui*, 13. *pr. ff. hoc tit.* ubi Jurisconsultus ait eum, qui judicare jubet, Magistratum esse opor-

oportere. Is autem, cui jurisdictio mandata est, non est Magistratus. Verum παχυμερέστερον hunc locum accipi oportet, non ut excludatur is, cui mandata est jurisdictio, qui vice magistratus fungitur, sed ut intelligamus non posse jubere judicare eum, qui magistratus nunc non sit, aut jurisdictionem nunc non habeat, quamvis tunc cum haberet, judicem dederit, secundum id, quod statim subjicitur, §. 1. *d. l.* 13. Pet. Fab. *in l. nemo potest*, 70. *de reg. jur.*

12. Mos dandi judices apud nos in totum exolevit: nam delegati a Collegiis, quos Commissarios appellamus, huc non pertinent: neque ab iis, qui summæ rei præsunt, in causis revisionum aliisve extra ordinem delegatis. Et jam olim a Diocletiano ipsis magistratibus cognoscendi & judicandi imposita necessitas, extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediantur, *l.* 2. *C. de pedan. judic.* Ac neque illud apud nos motis est, ut magistratus delegent jurisdictionem suam. Quomodo & quando mandata & translata jurisdictio finiatur, quæ quæstio ex quatuor supra c. 8. propositis, postrema est, dicetur in commune *c. ult.*

CAPUT X.

De jurisdictione prorogata.

SUMMARIUM.

1. *Jurisdictio prorogata quid sit, & quo colore sustineatur.*
2. *Non esse locum prorogationi nisi inter eos, qui communi imperio subjecti.*
3. *Nec nisi in diversis magistratibus, qui non sint simul domini territorii.*
4. *In prorogatione solum partium consensum requiri.*
5. *Eum, in quem consensum est, aliquam jurisdictionem habere debere.*
6. *An mandata jurisdictio possit prorogari, & num.* 7.
8. *Ex quatuor prorogandi formis, quas vulgo statuunt, illam de loco ad locum jure nostro parum convenire, item n.* 9. *&* 10.
11. *An jurisdictio judicis ita prorogari queat, ut quolibet loco in suo territorio jus dicat.*
12. *An veteribus cognita prorogatio de tempore ad tempus, ubi exponitur l.* 2. §. 2. *ff. de judic.*

1. SPECIES altera jurisdictionis non propriæ est, quæ dicitur prorogata. Prorogatio jurisdictionis nihil aliud est, quam jurisdictionis extra fines suos consensu privatorum facta productio. Hanc ergo jurisdictionem privati quodammodo tribuunt: quippe cum cujusque jurisdictio suis terminis circumscripta sit, extra quos eam sine prorogatione exercere non liceat, *l. ult. ff. h. t. l.* 1. *l.* 2. *ff. de judic.* Cæterum quod de mandata jurisdictione traditum est *l.* 6. *ff. hoc tit.* eam quidem principaliter non dati aut deferri a lege; sed mandatum lege confirmari, hoc vel magis dicendum est de prorogata, scilicet eam quoque lege confirmatam esse; & haud dubie ideo, quia ad lites facilius expediendas pertinet: nisi enim prorogatio confirmatione legis niteretur, nunquam ea efficeret, ut decretis aut sententiis magistratuum aut judicum excedentium modum jurisdictionis aut notionis suæ standum esset, per *l.* 3. *C. h. t.*

2. Hoc autem evidens argumentum est, non esse prorogationi locum, nisi inter eos, qui communi imperio, & verbi causa uni eidemque Principi subjecti sunt. Nam exempli gratia si subjectus regis Galliæ proroget jurisdictionem magistratus Belgici, prorogatio ista non est efficax. Et quod dictum magistratum unum debere exequi sententiam alterius, id quoque obtinet duntaxat in magistratibus, qui subjecti sunt uni atque eidem capiti; aut est meræ gratiæ. Atque ex hoc fundamento defenditur constitutio juris Canonici, quo clericus prohibetur prorogare jurisdictionem judicis laici, *c. significasti*, 18. *c. si diligenti*, 12. *de for. compet.* Jure autem civili id secus est, *l. pen. C. de pact. l. placet*, 17. §. 1. *C. de episc. & cleric. Nov.* 123. *c.* 21. *& seqq.*

3. Sed & prorogationi duntaxat locus esse videtur in diversis magistratibus, qui meri sunt & simplices magistratus: quippe, quorum nihil interest propagari alterius jurisdictionem: secus autem esse in iis, qui simul sunt toparchæ & domini territorii habentes jurisdictionem patrimonialem; ne scilicet his invitis auferatur jus, quod habent, id est, ne cogantur carere fructibus jurisdictionis suæ, ut loquuntur, puta multis aliisque pœnis pecuniariis, quæ lucro talem jurisdictionem habentium cedunt, *fac. c. ex transmissa, x. de for. comp.*

4. Illud ante omnia pro certo habendum est, prorogationem esse actum partium, ac proinde non aliorum consensum hic exigi, quam ipsorum litigatorum: ac ne ejus quidem, cujus jurisdictio prorogatur; denique nec judicis ordinarii sive competentis, utpote cui nihil adimitur, *l.* 2. §. 1. *ff. de jud.* Vult. *in l.* 1. *C. h. t. n.* 66. Sane quidem ut invitus jus dicat is cujus jurisdictio prorogata est, cogi non potest: cæterum si dixerit, etiamsi crediderit suam esse jurisdictionem, valebit quod inter consentientes statuerit, *d. l.* 2. §. 1. *ff. de jud.* Vult. *ad d. l.* 1. *n.* 168. *C. h. t.* Duar. *ad tit. de jud. cap. de foro comp.* Gail. 1. *obs.* 40. *n.* 3.

5. Nec minus illud semper constitit eum in quem consensum est, aut tribunali præesse aut aliam jurisdictionem habere debere, *l.* 1. *ff. de jud.* neque enim potest privatorum consensus jurisdictionem tribuere ei, qui nullam jure publico concessam habeat, nec quod is statuit, judi-

judicandi continere auctoritatem, *l. 3. C. hoc tit.* Denique quod non est, prorogari non potest, *l. 5. ff. de precar.*

6. Dubitatum est de jurisdictione mandata, an & illa prorogari queat; negant Bart. in *l. 1. ff. de jud. n. 5.* Cyn. Salic. Vult. *in l. 1. C. hoc t.* Scip. Gentil. *l. 2. c. 13.* Ajunt Zas. *in l. si per errorem, 15. ff. h. t. n. 15.* Bald. *in d. l. 1. ff. de jud.* Duar. *c. 2. de jurisd.* Bocer. *c. 7. num. 20.* Prior sententia obtinere videtur jure Canonico *c. cum olim, 32. &c. P. & G. 4. de off. & pot. jud. deleg.* posterior jure civili, *d. l. 1. ff. de jud.* Ubi Jurisconsultus ait, in consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, esse jurisdictionem: neque enim hoc alium sensum habet, quam si dixisset, prorogari posse consensu partium non modo jurisdictionem propriam, verum etiam mandatam. Assentior autem Baldo *in d. l. 1. in addit. sub fin.* Bocero *d. c. 7.* distinguentibus, utrum universa jurisdictio mandata sit, an particulatim & in specie ad unam aliquam causam: ut illo casu etiam mandatæ jurisdictionis prorogationi locus sit, hoc non item. Ac de posteriori hoc casu: loca illa juris pontificii intelligenda esse apparet ex ipso contextu: neque hoc casu aliud juris erit in delegato Principis, *per dd. text.* Ad priorem autem casum referendus est locus Ulpiani *d. l. 1. ff. de jur.* nimirum ad casum, quo mandata est alicui jurisdictio universa. Neque hujus distinctionis ratio obscura est: nam cum magistratus totam suam Jurisdictionem alicui mandat, mandatarius in partibus omnibus mandatoris vice fungitur, ut absurdum sit hoc casu prorogationi non patere locum. At cum ad unam aliquam causam mandatur jurisdictio, extra id, quod mandatum est, nihil exerceri potest, ne fines mandati excedantur.

7. Objiciunt Salicetus & Sichardus in *l. d. 1. C. h. t.* quod mandata seu delegata jurisdictio sit limitata ad certam personam. Quid tum postea? nam & propria sive ordinaria eodem modo limitata est. Quod si per personas intelligunt personas litigantium, jam delegatio erit specialis, cujus prorogationem nec nos admittimus. Non obstat quoque, quod ajunt delegatum non posse subdelegare; quoniam ex eo non recte collegeris nec jurisdictionem ejus prorogari posse. Sunt enim hæc plane diversa, eum, cui mandata est jurisdictio, alteri eandem mandare, & ei ipsi jurisdictionem consensu partium prorogari. Hæc puto rei intelligendæ sufficere: qui tamen volent, adire poterunt Enuclear. Don. *lib. 17. comm. c. 10.* & ibid. alleg. lit. P.

8. Interpretes fere quatuor esse statuunt jurisdictionis propagandæ modos, de loco ad locum, de tempore ad tempus, de re ad rem (sub qua specie comprehendo de causa ad causam, de quantitate ad quantitatem, de casu ad casum) de persona ad personam. Sed vereor ne hæc juri nostro consentanea non sint. Nam non sine causa de primo modo dubitant nonnulli, an ita de loco ad locum jurisdictio prorogari possit, ut vi prorogationis etiam extra territorium juris dicundi potestas acquiratur, verbi gratia, an judex Mutinensis ex prorogatione Bononiæ cognoscere & judicare queat. Affirmant quidem hoc DD. comm. Alex. in *l. ult. ff. de jurisd.* Abbas in *C. novit, 7. de off. & pot. jud. del.* Zas. *in l. pen. ff. de just. & jur. num. 25.* & porro etiam quærunt, an hic præcise expressus partium consensus requiratur, & an etiam necessarius consensus judicis illius loci, seu expressus, sive saltem tacitus. Sed si obtinemus ex ratione juris nostri nullam esse hujusmodi de loco ad locum jurisdictionis prorogationem, disputatio illa tota inutilis est. Viderunt hoc Bart. *in l. 2. ff. de jud. in pr. num. 7.* Bald. *ib. num. 7.* Salic. *in l. 1. C. hoc tit. num. 5.* nos etiam evidentissimis argumentis id tibi probatum ibimus.

9. Primum constat magistratus omnes extra fines territorii sui privatos esse *l. 3. de off. præsid. l. ult. de offic. præf. urb. l. ult. ff. hoc tit.* Ac privato tribui jurisdictio consensu litigantium non potest, *l. 1. ff. de judic. l. 3. C. hoc t.* & ineptum est, quod Alexand. *in d. l. ultim. ff. h. t.* profert, judicem habere jurisdictionem in habitu, ubicunque sit: nam valde insubtiliter jurisdictio comparatur cum habitu, id est, vi animi longo usu & crebris actionibus parta. Imo jurisdictio plane non est habitus, sed jus quoddam & potestas in subjectos cives publice tributa, certos terminos ac limites suos habens. Ex eo vero, quod actus voluntariæ jurisdictionis, puta manumissio, adoptio, etiam extra territorium apud magistratum exerceri possunt, non recte intuleris, hac prorogatione in volentes & consentientes extra fines suos etiam extendi posse jurisdictionem contentiosam. Nam ex natura jurisdictionis voluntariæ est, quod ubique exerceri possit, non ex voluntate aut prorogatione privatorum. Exercetur in volentes & consentientes, nec alter potest; si extra provinciam jus dicentis, id ex accidenti contingit. Itaque si quis, verbi gratia, servum suum apud proconsulem nondum provinciam ingressum manumiserit, is non potest dici prorogasse jurisdictionem proconsulis, non magis, quam si apud provinciam jam ingressum manumisisset. Manet autem eadem jurisdictionis contentiosæ natura, neque ex prorogatione induit naturam voluntariæ. Sed nec omnes actus voluntariæ jurisdictionis extra provinciam explicari possunt: imo nulli ex iis, quæ causæ cognitionem pro tribunali desiderant, quod jam aliquoties a nobis & dictum & demonstratum est.

10. Ad hæc ubi semel ex consensu partium prorogata est jurisdictio, etiam in invitos ea exercetur: at hoc in alieno territorio fieri non posse apud omnes in confesso est. Quod si vim istam

istam haberet jurisdictio prorogata, ad eam exercendam non opus esset consensu judicis territorii, quippe qui hoc modo nec alteri jurisdictionem tribuere, nec sibi adimere potest. Non adversatur *c. 11. §. in nullo, de rescr. in 6.* illic enim sermo est de delegato pontificis, quem tanquam delegatum Principis constat ubique jus dicere posse.

11. Sed nec illud simpliciter admittendum est, posse ita jurisdictionem judicis prorogari, ut quolibet loco in suo territorio jus dicat. Nam quæ decretum desiderant, & causæ cognitionem, ea omnia pro tribunali expedire oportet, atque eo in loco, ubi salva publica majestate servatoque more majorum jus reddi solet, *l. pen. ff. de just. & jur. l. 4. C. de dilat.* quæ res privatorum pactis mutari non potest, *l. neque ex prætorio, 27. de reg. jur.* neque efficere, ut quod alibi judicatum decretumve est, auctoritatem judicati habeat, *arg. l. 4. C. quomod. & quand. jud.* atque hoc ipsum etiam Mario Solomonio pridem observatum est in *l. pen. ff. de just. & jur.* Quæ vero causæ cognitionem non desiderant, præparatoria judicii, interrogationes, &c. illa quidem alio quoque loco a magistratu aut judice tractari possunt, & vel domi sella posita vel in itinere, *l. 4. §. 1. ff. de interrogat. in jur. fac.* sed possunt etiam citra partium consensum, nimirum ubi magistratui visum fuerit. Itaque ex ratione juris nostri nulla est de loco ad locum jurisdictionis prorogatio. Moribus Transilvaniæ receptum esse ut judices unius territorii in alterius territorio ex consensu partium etiam contentiosam jurisdictionem exerceant, adeoque ad instantiam unius partis, quæ suis id sumptibus postulet, auctor est Bus. *ad l. 2. de off. proconf. n. 3.*

12. Qui jurisdictionem de loco ad locum recte prorogari statuunt, argumentum sumunt a prorogatione de tempore ad tempus, quasi extra controversiam positum esset, quod illi supponunt, de tempore ad tempus jurisdictionem prorogari posse. Nos vero nec hujusmodi speciem veteribus cognitam aut usurpatam credimus. Proferunt illi ad sententiæ suæ confirmationem textum in *l. 2. §. 2. ff. de jud.* At nego textum istum ad ullam propagandæ jurisdictionis formam pertinere: loquitur enim ibi Jurisconsultus tantum de prorogando tempore, intra quod judex datus, qui duntaxat nudam notionem habet, non jurisdictionem, *l. 5. ff. de re jud.* jussus est litem sibi commissam dirimere. Cum autem tempus hoc favore litigantium intelligatur adjectum, rationis est, ut eorumdem expresso consensu etiam prorogari possit, utique si & ipse judex ad tempus datus consentiat; utrumque enim in hac specie prorogationis desideratur, *d. l. 2. §. 2.* ne videlicet & ipse judex sine consensu suo a privatis oneretur munere judicandi: in ea autem, quæ de persona ad personam dicitur, id necesse non est. Atque ita quoque hunc locum acceperunt Marant. *p. 4. dist. 12.* Bald. *in l. 7. C. de episc. audient. n. 8.* Castrens. *in d. l. 2. §. 2. n. 6.* Add. Anton. Sab. *ad d. l. 1. §. 1. in rational.* Illud probandum erat, ejus, qui officium annuum a populo aut principe accepit, consensu partium jurisdictionem prorogari posse, ita ut etiam finito magistratu & adhuc post annum inter consentientes jus dicere possit, quod nunquam ostendent. Imo vero etsi ostenderent, nondum tamen hoc evincerent, posse ob id etiam de loco ad locum jurisdictionem prorogari. Quamvis enim interdum tempus & locus comparantur, ut in *l. vinum, 22. ff. de reb. cred. l. si soluturus, 39. ff. de sol.* nemo tamen tam infans est in arte disserendi, ut ex eo effici putet, quodcunque in uno statutum est, id continuo ad aliud quoque transferendum esse, cum sint plane diversa, & in specie prorogatio temporis prorogatio privatam litigantium utilitatem respiciat, loci publicum decus. Ex his opinor perspicuum est, neque prorogationis de tempore ad tempus ullum usum esse extra speciem, quæ proponitur in *d. l. 2. §. 2. ff. de jud.*

CAPUT XI.

De prorogatione de re ad rem, & de persona ad personam.

SUMMARIUM.

1. *In prorogatione de re ad rem necesse esse, ut causæ sint ejusdem naturæ.*
2. *Quando procedat prorogatio, si de aliis causis pecuniariis judex aditus sit, quam quibus præfectus est, & n. 3.*
3. *Form. prorogationis de persona ad personam.*
4. *Quomodo & quo effectu se quis subjiciat jurisdictioni alicujus, & n. 10.*
5. *Quando per prorogationem expressam jurisdictio fundata intelligatur, ubi declarantur l. 22. §. 5. ff. sol. matr. & l. 4. C. h. t.*
6. *Quando tacite jurisdictio prorogata censeatur.*
7. *Et an opposita exceptione dilatoria.*
8. *Non consentire, qui per errorem alium adeunt, aut viribus præturæ compulsi.*
9. *Quid in personis ecclesiasticis & studiosis: ubi & jus harum regionum.*
10. *Effectus jurisdictionis prorogatæ.*

IGITUR duabus prioribus jurisdictionis propagandæ formis, de loco ad locum, de tempore ad tempus, hinc remotis, supersunt duæ posteriores, quarum altera de re ad rem sive de causa ad causam, altera de persona ad personam interpretibus nostris dicitur: atque utriusque hujus speciei etiam apud veteres usus fuit. Posse jurisdictionem de re ad rem prorogari constat ex *l. de qua re 74. §. 1. ff. de*

ff. de re judic. l. inter convenientes, 28. *ff. ad munic.*

1. Cæterum & hæc prorogatio intra terminos suos cohibenda. Et primo necesse est, ut causæ sint ejusdem naturæ, nec genere summo tantum convenian', ut causæ civiles & criminales. Nam qui civilibus duntaxat præest, is ex prorogatione de criminalibus cognoscere non potest, *l.* 1. *C. ubi cauf. Fiscal.* Sichard. *in l.* 1. *C. h. t. n.* 8. neque qui criminalibus tantum, vi prorogationis de re pecuniaria jus dicere, *l. solemus* 61. §. 1. *ff. de juridic.* Sed nec ejus, cui certarum causarum criminalium cognitio concessa est, audientia ad alias causas, licet ejusdem generis, prorogari potest: quoniam in causis, quæ aliis exercendæ mandari non possunt, nec locus esse potest prorogationi. Doctorum quidem communis sententia est, posse jurisdictionem criminalem prorogari, modo is, de cujus jurisdictione prorogandâ agitur, habeat jus cognoscendi de crimine, cujus quis reus postulatur, Gail. *c.* 10. *de pac. publ. n.* 10. at hæc non causæ ad causam, sed de persona ad personam prorogatio est.

2. Illud hic scio quæsitum esse, si de aliis causis pecuniariis, quam quibus præfectus est, judex aditus sit, an semper hoc casu consensu partium prorogetur illius jurisdictio. Ego interesse arbitror, utrum genere causarum definita sit jurisdictio, an summa aut quantitate: si genere causarum, extra illas causas jurisdictio nem prorogatione non extendi. Ut ecce; si prætor tutelaris aut fideicommissarius de aliis causis, quam quæ ad jurisdictionem eorum pertinent, aditi fuerint, nego eos de hujusmodi causis ex consensu partium cognoscere posse; ne sit in potestate privatorum novam alicui jurisdictionem dare. Quod autem legimus posse alium prætorem pro alio, cujus jurisdictio est, adiri, ut in *l. si per errorem*, 15. *l. si convenerit*, 18. *ff. h. t.* id sic accipiendum est, si utriusque jurisdictio sit indefinita, puta si prætor peregrinus aditus sit pro urbano, aut contra, uti hoc etiam accepit Glossa. Neque obstat huic distinctioni *l.* 1. *C. h. t.* Nam & procuratoris fisci generalis est jurisdictio in causis civilibus: quod vero hactenus ea restricta est, ut tantum privatos inter & fiscum procurator cognoscat, id non debet impedire facultatem prorogandi. Pertinent ergo hæ formæ prorogationis ad eam, quæ de persona ad personam vulgo appellatur. Atque hanc etiam arbitror esse sententiam plerorumque interpretum, Gloss. *in d. l. inter convenientes*, 28. *ad munic. Danorum, in c. P. & G. de offic. & pot. jud. del.* Jas. *in d. l. si per errorem*, *h. t. col.* 1. Costal. *in l. solemus*, 61. §. 1. *ff. de jud.* Sichard. *in l.* 1. *Cod. hoc titul. num.* 8. qui omnes definiunt, prorogationem fieri non posse in rebus diversi generis, & exempli gratia, non posse judicis, cui de controversiis certarum mercium cognitio data est, jurisdictionem ad aliud genus mercium prorogari.

3. Quod si summa aut quantitate definita sit alicujus jurisdictio, hic prorogationem admittimus, propter connexionem & affinitatem, quia sit in eodem genere: quamquam ex hac prorogatione jus de majori summa cognoscendi consequatur, qui jure ordinario de minore duntaxat cognoscit, *l. de qua re*, 74. §. 1. *ff. de jud. l.* 28. *ad munic.* Quamvis igitur, ut ex Quintil. *l b.* 3. *c.* 6. discimus, fideicommissorum Jurisdictio ita partita fuit, ut prætor fideicommissarius usque ad certam summam de his cognosceret, de majore summa consules jus dicerent, quod & firmat locus Ulpiani *in fragm. tit.* 25. §. 10. tamen hic ex consensu partium prætori jurisdictio prorogari, & de summa etiam prætoria cognitione majore adiri prætor potuit. Putavere nonnulli in *d. l. qua re*, 74. §. 1. *ff. de jud.* agi de simplice & pedaneo judice, sicut in *d. l.* 2. §. 2. *ff. eod. tit.* sed falso. Nam judici pedaneo usui aliquis actus tantummodo committi solet, præscripta certa formula & reservata danti potestate exequendi. At in *d. l. quare*, §. 1. agitur de judice, qui simul jurisdictionem aliquam habet: quippe qui constitutus sit non ad unam aliquam causam, ut in *d. l.* 2. §. 2. *de judic.* sed generaliter ad causas omnes, cæterum usque ad certam summam, *fac. l.* 28. *ad munic.*

4. Superest species prorogationis notissima atque usitatissima de persona ad personam, de qua tractatur in *l. si per errorem*, 15. *l. si convenerit*, 18. *ff. h. t. l.* 1. *l.* 2. *pr. ff. de judic. l.* 1. *l.* 3. *C. h. t.* atque ad hanc fere solum pertinet distinctio prorogationis in expressam & tacitam, quæ in hac disputatione maxime principalis est. Si id quod brevi definitione complexus est Ulpianus *l.* 1. *ff. de judic.* paulo latius explicuerimus, poterit res tota facile percipi. Ait, *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni & consentiant in consentientes cujusvis judicis, qui tribunali præest, aut aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.*

5. Subjicit quis se jurisdictioni alicujus vel expresse, vel tacite, id est, vel aperta conventione, vel re ipsa & facto. Conventio hæc aut nuda est & simplex, aut justa & legitima. Qui simpliciter extra judicium in alium judicem consensit, sententiam mutare, prius quam is adeatur, impune potest: nempe ubi de propaganda jurisdictione judicis incompetentis & de paciscente obligando agitur, breviter, si convenerit, ut alterius jurisdictionem subeat, *d. l. si convenerit*, 18. *ff. h. t.* junct. *l.* 7. §. 4. *ff. de pact.* Quando autem paciscendo non id egit, ut se alterius Jurisdictioni subjiceret, sed ne fori præscriptione uteretur revocando ad judicem, quem ex privilegio habet, hæc pactio exceptione aut replicatione servari potest, *l. pen. C. de pact.* & ibi Donel. *n.* 4. Justa autem & legitima conventio,

tio, qualis jure civili est stipulatio, vitari propter actionem, quæ ex ea nascitur, non potest. Non utique, quod is, qui id justa conventione caverit, districte cogatur, judicis, cujus se jurisdictioni subjecit, audientiam sequi: sed quod voluntatem mutans teneatur in id, quod interest adversarii, aut pœna subjecta adversus eum committatur, ut tenent omnes DD. *in d. l. si convenerit*, 18. *h. t.* teste Zas. *ibid. n.* 13. Hodie autem hæc conventionum distinctio supervacua est, cum etiam nudo ex pacto actio nunc nascatur, juxta scita juris Canonici *c.* 1. *& c.* 3. *C. de pact.*

6. Enimvero si ex conventione litigatores etiam prætorem adierint, isque partes suas interponere cœperit, tunc ex ratione juris nostri jurisdictio prorogata intelligitur, etiamsi lis non dum contestata sit, *d. l. si convenerit*, *ff. hoc tit.* Vult. *ad l.* 1. *C. hoc tit. n.* 152. Bachov. *de jurisd. proreg. n.* 12. Doctores quidem communiter ad hoc etiam litis contestationem requirunt, *arg. l. si cum dotem*, 22. §. 5. *ff. solut. matrim. & l.* 4. *C. hoc tit.* sed ex neutro horum locorum efficitur, quod volunt. In *d. l.* 22. §. 5. *sol. matrim.* quæritur quo tempore filia patri dotem repetenti consentire debeat, & respondet Jurisconsultus, quo lis contestatur: si vero ante dixerit se patri consentire, & prius quam lis contestetur, mutaverit voluntatem, frustra patrem agere. Ex hoc autem loco minime probatur, lite demum contestata jurisdictionem fundari per prorogationem expressam; hoc enim nihil commune habet cum isto. Et si procedere velimus argumentationem, ponendus esset casus, quo filia in jure patri consensit. Adde quod per consensum filiæ inducatur quædam actionis cessio, & junge *l.* 3. *C. de novat.* Alter autem locus, nempe *l.* 4. *C. hoc tit.* intelligendus est de prorogatione tacita: expressæ vero ut plus tribuatur, ratio suadet: durumque omnino est *d. l. si convenerit*, *ff. hoc tit.* accipi de litis contestatione, qui actus fere ultimus erat eorum, quæ in jure apud prætorem expediebantur.

7. Re ipsa & facto se quis subjicit jurisdictioni alicujus, si ad non suum judicem vocatus, audientiam ejus elegit, id est actionem suscepit, sive litem contestatus est, omissa fori præscriptione, *l. sed & si*, 25. *ff. de jud. l.* 4. *C. hoc tit.* Cæterum ante litis contestationem si reus quid dixerit aut fecerit, verbi causa, si desideraverit sibi edi genus actionis, non videtur in judicem consensisse, *l. non videtur*, 33. *ff. in judic.* Nemo enim editionem actionis postulat, ut neget, quod intenditur; sed ut cognoscat qua actione conveniatur, eoque cognito secum deliberet, utrum cedere, an judicio contendere sibi magis expediat, *l.* 1. *ff. de edend.* Joann. & Azo. *in l.* 1. *ff. de judic.* Zasius *ad l. si convenerit*, 18. *num.* 3. *&* 4. *hoc tit.* Itaque duæ res hic reum jurisdictioni subjiciunt, susceptio judicii quasi ex contractu, *arg. l.* 3. §.

idem scribit, 11. *ff. de pecul.* deinde fori præscriptionis initio litis opponendæ omissio, *l. ult. C. de except.* aut verius sola litis contestatio.

8. Interpretes nostri etiam exceptione dilatoria opposita jurisdictionem tacite prorogari censent, quasi & hoc modo lis contestetur, & ideo suadent, ut reus comparens, si hujusmodi exceptionem proponere velit, utatur, protestatione de non proroganda jurisdictione, nisi quatenus jure teneatur, Zas. *in d. l.* 18. *n.* 29. Salic. *in l.* 1. *C. h. t. n.* 4. Sich. *ibid. n.* 7. Mynf. 4. *obs.* 27. Gail. 1. *obs.* 33. *n.* 11. *&c.* verum hoc non esse juris nostri civili rationi consentaneum bene ostendit Bachov. *de jurisd. proreg. n.* 13. utut forte in praxi observatur.

9. Ait Ulpianus in *d. l.* 1. *ff. de jud. & consentiant*, *in consentientes &c.* nam si quis alium judicem pro alio adierit, putans ejus jurisdictionem esse, cujus non erat, aut viribus præturæ compulsus admiserit, non valebit, quod actum est, *l. si per errorem*, *ff. h. t. l.* 2. *pr. ff. de jud.* Plane non aliorum hic consensum requirimus, quam ipsorum litigatorum, ac ne judicis quidem adiri, *d. l.* 2. §. 6. quod latius expositum supra est, ut & reliqua definitionis propositæ.

10. In summa sive exterus quis, sive miles, sive paganus, sive studiosi, sive personæ ecclesiasticæ alterius judicis, quam ad cujus jurisdictionem pertinebant, audientiam ultro secuti fuerint, in consentientes cujusvis judicis est jurisdictio, *d. l.* 1. *ff. judic. l.* 1. *C. hoc tit. l. pen. C. de pact.* dummodo jus dicat in suo territorio, & causæ, de quibus aditus est, ad jurisdictionem ejus pertineant.

11. Ecclesiasticis quidem personis proprii judices attribui posteriorum imperatorum constitutionibus, *l. placet*, 17. *C. de episc. & cleric. auth. statuimus*, *C. de episc. audient.* uti & studiosis, *auth. habita*, *C. ne fil. pro patr.* sed ita ne inviti ad alios vocentur: nam quo minus alterius jurisdictioni ultro se subjiciant, & privilegio suo renuncient, nihil est impedimento, *d. l. pen. C. de pact.* Jus autem Canonicum ecclesiasticos Jurisdictioni magistratus politici penitus exemit, *c. significasti*, *c. si diligenti*, *x. de for. compet.* sed hoc in ditionibus confœderati Belgii non observatur. Imo nec jure civili Justinianeo episcopi jurisdictionem habent, quia nec forum, nec apparitionem, nec executionem, sed audientiam duntaxat, id est, cognitionem & judicium: idque habent tantum in clericos & monachos in causa religionis negoriove ecclesiastico, non in alios, vel aliis in causis, nisi inter consentientes, ut patet ex Novell. Valentin. *de episc. judic. & lib.* 1. *C. Justin. tit.* 4. qui ob id non *de episcopali jurisdictione*, sed *de episc. audientia* inscriptus est. Cujac. *paratit. C. eod.* & plenius clariss. D. Theod. Grafsvvink *lib. de jur. majest. c.* 5. Dixerim autem studiosum aliaque membra Academiæ nostræ

Leidensis non posse prorogare jurisdictionem magistratus urbani, propterea quod jurisdictioni Rectoris & assessorum privative subjiciuntur. *Art. 39. statut. Academ. Leidens.*

12. Effectus jurisdictionis prorogatæ hic est, tantum judex electus juris in consentientes habeat, quantum haberet, si iure ordinario ad jurisdictionem ejus pertineret. Nam prorogata jurisdictio ejusdem efficitur naturæ & conditionis, cujus est ordinaria. Quamobrem si a judice illo appellare non licet, nec licebit prorogata jurisdictione: si mandatam habuit, ea finita etiam finietur prorogata. Vasq. 2. *controv. us. freq.* 14. *n.* 25.

CAPUT XII.

Quibus modis jurisdictio finiatur.

SUMMARIUM.

1. *Quando prorogata jurisdictio finiatur.*
2. *Quibus modis finiatur mandata.*
3. *Quando res a delegato geri cœpta dicatur.*
4. *Quid juris si universa jurisdictio mandata, & negotium unum geri cœptum.*
5. *Revocatione quoque finiri jurisdictionem delegatam, etiam ubi jam res geri cœpta, adeoque lis contestata.*
6. *Mandata ad certum tempus aut causam quando solvatur.*
7. *Quibus modis extinguatur jurisdictio propr.*
8. *An præscriptione amittatur aut acquiratur jurisdictio.*
9. *An pro tuenda jurisdictione magistratui competat utilis actio confessoria aut negatoria.*

1. PROROGATA jurisdictio, ut obiter de ea primum dicam, finitur soluta jurisdictione ejus, cujus prorogata erat, sive ea propria fuerit, sive mandata *per l. 6. ff. h. t. l. 3. C. eod. l. 1. ff. de jud.*

2. Mandata iisdem fere finitur modis, quibus & reliquarum rerum mandatum evanescit. Et morte quidem ejus, cui mandata est, finiri eam constat, cum & propria seu ordinaria jurisdictio una cum persona magistratus extinguatur: Cæterum etiam morte ejus, qui mandavit, finiri traditum est, in *l. 6. ff. hoc tit.* nec est contrarium, quod ex sententia Scævolæ apud Paulum relatum est in *l. venditor*, 49. §. 1. *ff. de judic.* judices a præside datos etiam in tempus successorum ejus durare: nam alia judicum datorum ratio est; quoniam cum illi velut ab ipso officio constituantur, exigente id usitato more judiciorum, notio eorum quasi propria erat: & inde quoque est, quod a sententiis eorum ipsi magistratus qui eos dedissent, appellabantur, *l. ult. quis a quo app.* cum a sententia ejus, cui mandata erat jurisdictio, alius provocaretur, quam qui mandasset, *d. l.* 1. §. 1.

3. Una hic exceptio, si ante mortem mandantis jam res geri cœpta sit, *d. l. 6. h. tit.* quod plerique sic acceperunt, si is, cui mandata erat jurisdictio, a partibus aditus fuerit, aut si jam præcesserit in jus vocatio juxta mores hodiernos facta per apparitorem & parti insinuata, Zas. *in l. 6. h. t. n. 57. & seqq.* post Bart. *ibid. n.* 13. Bald. *n.* 5. & 6. Jas. *col.* 11. *per c. gratum*, 20. *de offic. deleg.* Gail. 1. *obs.* 74. *n.* 19. Atque hoc etiam puto satis defendi posse ex ratione juris nostri, *arg. l. si convenerit*, 18. *ff. h. t. l. 7. ff. de judic.* licet alii tunc demum rem geri cœptam interpretentur, cum lis est contestata. Cyn. *in d. l. 5. n.* 18.

4. Sed quid, si universa jurisdictio mandata fuerit, & forte in una aliqua causa negotium geri cœptum? Ratio non permittit, ut dicamus etiam in cæteris nondum exerceri cœptis post mortem delegantis durare jurisdictionem delegati, ut novas causas audire adhuc possit, sed in illa duntaxat una, quam gerere cœpit. add. Zas. *in d. l. 5. h. t. n. 63.*

5. Porro non ambigitur, quin revocatione quoque finiatur mandata jurisdictio, per §. *item si*, 1. *inst. de mand. & fac. arg. in l. 6. §. 1. ff. de offic. proconf.* ubi tanquam speciale notatur, quod proconsul non nisi consulto Principe jurisdictionem legato mandatam revocare queat. Quinimo hoc amplius etiam postquam res geri cœpta est, adeoque post litem quoque contestatam posse mandatam jurisdictionem revocari existimo, idque vel ab eo ipso, qui mandavit, vel a successore ejus, quippe cum nullum hic aut delegati aut partium versetur præjudicium: in quo delegatio jurisdictionis dissimilis est mandato procuratorio, ut bene observavit Zas. *in l. 5. n. 55. hoc tit.* nec simpliciter ergo procedit argumentatio ex *l. 6. eod.* a procuratore ad delegatum jurisdictionis.

6. Denique si ad certum tempus alicui mandata sit jurisdictio, solo temporis lapsu extinguitur, sicut ea, quæ ad certam causam delegata est, expirat fine negotio imposito Bocer. *c. 6. n. 62.*

7. Propria jurisdictio seu ordinaria magistratus potestas tunc solvitur, cum magistratus officium deposuit vel successorem accepit, aut ipse mortuus est: morte autem Principis non finitur, *arg. l. 6. ff. h. t.* Bodin. 3. *de reipub.* 2. Et quia ordinariæ similis est ea, quam Princeps alicui extra ordinem delegavit, nec hanc morte Principis solvi recte statuunt interpretes, sicut nec merum imperium, quod specialiter a Principe concedi solebat, per ea, quæ supra *cap.* 4. Patrimonialis autem jurisdictio etiam ad heredes transit; sed talem nudi magistratus non habent.

8. Quæsitum est, an & præscriptione amittatur jurisdictio: sed hujus quæstionis decisio pendet ab alia, nempe an jurisdictio præscriptione possit acquiri: prius enim est, ut ita acquiri

quiri queat, quam ut eo modo amitti eam dicamus. Interpretes vulgo statuunt jurisdictionem non tantum dari posse ab iis, penes quos est summa in repub. potestas: verum etiam acquiri eam posse præscriptione longissimi temporis, nimirum triginta aut quadraginta annorum. Cæterum hæc sententia cautione indiget, & non una distinctione. Nam primum removendæ hinc sunt personæ privatæ, quippe quæ jurisdictionem usurpantes in gravissimum incidunt crimen. Deinde & inter personas eorum distinguendum est, qui magistratum gerunt: Etenim qui simplex est & nudus magistratus, nihil hic sibi præscriptione quærere potest; sed tantum ratione officii, scilicet ut id latius extendatur, & huic quasi acquiratur. Ut ecce, si præfectus aliquis extra fines territorii sui aliquamdiu jus dixerit sine cujusquam impedimento, acquiritur ipsi præfecturæ latior jurisdictio. At enim hæc acquisitio non magni momenti est, cum Princeps pro arbitrio suo veteres jurisdictionis terminos possit restituere. Itaque quæstio hæc ad Toparchas fere solum pertinet, id est, ad magistratus, qui simul sunt quasi domini territorii, qui jus perpetuum & transmissibile, seu jurisdictionem patrimonialem, ut nunc vulgo loquuntur, habent. Hi sane jurisdictionem suam vi præscriptionis amittere, uti & proferre atque extendere possunt; nec civilem tantum, verum etiam criminalem, ut Comites, Barones, Nobiles in Belgio, Germania & alibi. Jas. *in l. 3. ff. h. t. col. 9. & 10.* Muscorn. *de jurisd. n. 127.* Bald. *part. 2. de præscr. quæst. 12.* Atque his terminis positis poterit & conventionibus acquiri atque amitti jurisdictio, ut sæpe videmus castra, pagos integros permutari ac vendi.

9. Atque secundum hos eosdem terminos, ubi scilicet jurisdictio patrimonialis est, etiam recte defenditur, quod vulgo DD. tradunt, pro tuenda jurisdictione competere magistratui actionem confessoriam & negatoriam, utilem nempe seu quasi, Jo. Fab. Plat. Jas. Schneid. *in §. æque, 2. Inst. de act.* Wesemb. *par. hic n. 13.* Cæterum ratione juris nostri si magistratus aliquis turbetur in exercenda jurisdictione sua, pro defendenda ea actionem non habet: sed si ipse se tueri non potest, Principem adire, eumque ad eum referre debet, ut recte Bachov. *ad hunc tit. c. de effect. jurisd.*



TRACTATUS DE COLLATIONIBUS, ACADEMICO-FORENSIS.

Viro Amplissimo & Consulari.

D. SIMONI A BAERSDORP J. C.

S. P. D.

ARNOLDUS VINNIUS.

ANNI jam quatuor sunt, & quod excurrit, Vir Amplissime, ex quo libros Digestorum, seu Pandectarum juris civilis interpretari ex auctoritate publica cœpi. Horum autem librorum interpretationem cum per Dei gratiam commodum ante majores hujus anni ferias absolvissem, otium nactus summam colligere institui eorum, quæ interea temporis commentando in varios juris Justinianici locos observaveram: idque eo animo, ut etiam in apertum proferrem ac publicarem, si quid in his a me repertum esset, cujus promulgatione nostra foret opinio haud vulgariter adjutum iri commodo studiosæ legum juventutis: quippe quæ modis omnibus adaugere summa ope, & nitor & semper nisus sum. Excerpsi autem in præsentia ex bono cumulo id argumentum, quod est de collatione bonorum, genere quodam contributionis faciendæ inter liberos, qui ad communis parentis demortui successionem simul admitti desiderant. Etenim id argumenti genus, præterquam quod est cognitu longe utilissimum, & accuratius, quam pleraque alia, tractasse mihi visus sum, & ab aliis ex professo tractatum non memini, nisi a Vitale Nemausensi & Joanne Saporta; ab illo prolixius & rudius, ab hoc brevius & eruditius; a neutro tamen ita, quin in scriptis eorum multa adhuc desideres, quæ ad perfectam rei utilissimæ cognitionem sunt necessaria: ut proinde non tam aliis præripuisse scribendi occasionem, quam præbuisse videantur. Accedebat etiam hoc, quod cum hodie difficilis admodum istorum auctorum paratio sit, nonnulli adolescentes honesti & philomathici, quibus ob id nostra utenda concesseram, enixe atque instanter a me petierunt, ut consilium propositumque meum de iisdem evulgandis maturarem. Itaque ut testatam facerem singularem meam voluntatem adjuvandæ promovendæque studiosæ juris civilis Romanorum juventutis, cum in hoc nostro quasi armistitio ea, quæ in argumentum, quod memoravi, superioribus annis meditatus eram, diligenter & relegissem & interpolassem, vulgari quoque eadem atque in publicum prodire jussi, additis, quo paulo speciosiora apparerent, summariis, indice, & sylvula allegationum interpretum, quæ veterum, quæ recentiorum. Fecit autem veteris nostræ necessitudinis & tuæ in me benevolentiæ recordatio, ut hæc qualiacunque sint, tibi Vir Amplissime, dicanda & offerenda duxerim; & vel eo magis, quia, ut ipse ex te intellexi, animus tibi est communia nostra studia, quibus serio vacare aliquamdiu integrum tibi non fuit, nunc posita ad tempus administratione reipublicæ, bona fide recolere, & eorum quoque, quæ antea a nobis edita sunt, lectione te oblectari. Confido, quæ tua est humanitas, fore, ut ne hanc qualem qualem voluntatis erga te nostræ significationem aspemeris, atque ut gratum tibi sit, quod proficiscitur.

Bene vale. Leidæ, Nonis Semptembris 1644.

ARNOLDO VINNIO.
A tui observantissimo

TRA-

TRACTATUS DE COLLATIONIBUS.

CAPUT PRIMUM.

De significatione hujus dictionis collatio.

SUMMARIUM.

1. *Varia vocis* collatio *significata*.
2. *Operis adumbratio*.

1\. COLLATIO vox est variæ significationis. Interdum idem significat, quod *comparatio* παραβολή; interdum idem, quod συμβολή, *collecta*, ἔρανος, sive *contributio eranistica* aut *symposiaca*. Frequenter etiam eadem voce utimur pro contributione alicujus pecuniæ ad opus publicum, vel ad communem reipublicæ aut Principis usum, quæ Græcis εἰσφορά: item pro assignatione beneficii ecclesiastici vacantis, ut in jure Canonico: nonnunquem etiam aliis modis accipitur, sicut & verbum *conferre*: cujus etiam latior usus est, quam verbalis, ut videre est apud lexicographos. Cæterum varietas ista ex adjuncto facile discerni poterit. In proposito autem collatio est privatæ quoddam contributionis genus faciendæ inter liberos, qui simul admitti ad communis parentis successionem desiderant. Græce redditur, συνεισφορά, quod a verbo συνεισφέρειν deductum est, quo etiam passim Græci in hac materia utuntur.

2\. Hoc jus de bonorum collatione a prætore primum introductum est ex summa æquitate: postea vero mirifice auctum constitutionibus Imperatorum, & subinde parte aliqua iterum imminutum, ut quoad ejus fieri posset, æqualitas inter liberos conservaretur. Igitur ut distincte atque ordine in explicando hoc jure procedamus, primum initia ejus ac progressus obiter indicabimus, deinde singula, quæ ad perfectam hujus argumenti cognitionem pertinent, diligentius exequemur.

CAPUT II.

Collatio qua contemplatione introducta, aucta, aut restricta.

SUMMARIUM.

1. *Quam ob causam necessitas collationis primum introducta*, & n. 2. & 3.
4. *Filiusfam. ex edicto nihil contulisse*.
5. *Filiafam. dotem conferebat ex rescripto D. Pii*, & *quare*.
6. *Productio hujus juris ad donationem propter nuptias & successionem matris*.
7. *Ad nepotes & neptes cum patruis & avunculis avo & aviæ succedentes*.
8. *Ad successionem ex testamento*.
9. *Ejusdem juris restrictio*.

QUA parte edicti prætor proposuit liberis emancipatis præteritis bonorum possessionem contra tabulas patris, ut bonorum possessione impetrata patri succederent etiam cum fratribus suis heredibus, seu qui in potestate & familia patris, cum is moreretur, adhuc erant: eadem parte edicti prætor emancipatos cum suis heredibus succedentes vocat ad collationem bonorum, id est, jubet bona sua fratribus in potestate retentis conferre. Idem fecit prætor & in ea parte edicti, qua liberos emancipatos ab intestato vocat una cum fratribus suis heredibus ad successionem patris data bonorum possessione *unde liberi*, *l. 1. ff. h. t. l. filium*, 20. §. 1. *de ben. poss. com. tab. l. si emancipati*, 9. *C. h. t.*

1\. Est autem hoc jus de collatione a prætore introductum minuendæ ejus injuriæ gratia quæ admissis emancipatis ad bonorum possessionem contra tabulas aut *unde liberi*, fratribus eorum, suis heredibus fieri videbatur. Nam cum sui heredes soli jure civili heredes patri existant, exclusis liberis emancipatis, §. *emancipati*, 9. *Inst. de hered. quæ ab int. def.* adeoque magis quædam cœpti prius dominii continuatio, quam novæ cujusdam & alienæ hereditatis acquisitio in suis heredibus intelligatur, §. 3. *Inst. d. t. l. in suis*, 11. *de lib. & posth.* si una cum illis admittantur emancipati, quam constat e familia exire, & extraneos nobis fieri, necesse est, ut hi illis hereditatem pro parte avocent; atque ita avocent, non modo bona paterna, sed etiam bona propria suorum heredum, cum patris quæ sunt, suorum heredum sint, & contra.

2\. Ad hæc cum liberi emancipati omnia sibi, sui autem, solo peculio castrensi & quasi castrensi excepto, omnia patri olim acquireret, necesse erat & aliam hic enasci, suisque heredibus inferri injuriam, si emancipati bona quæsita sibi præcipua haberent, & tamen simul cum fratribus in potestate retentis ad successionem patris admitterentur.

3\. Utique huic injuriæ occursum est remedio collationis bonorum, videlicet si emancipati ad successionem patris una cum fratribus suis heredibus venire cupientes, bona sua, quæ si in-

si in potestate mansissent, patri fuissent quæsita, fratribus istis conferent. Æquissimum est, ait Ulpianus, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna, *l. 1. ff. h. t.* Recte, qui appetunt paterna, quoniam ea paterna jam fratrum esse apparet, qui jure civili soli suo heredes existunt; tum etiam, quia illorum bonorum jam pars sunt, quæ per filiosfam. patri sunt quæsita.

4. Secundum formam edicti filiifam nihil conferebant de suo, non peculium castrense aut quasi castrense; sed in eo nullo commodo afficiebantur emancipati; quippe qui nec ipsi ea, quæ per occasionem militiæ, sive armatæ sive rogatæ, sibi acquisiverant, conferre tenebantur, *l. 1. §. nec castrense, 15. ff. h. t.* ubi J. C. voce *peculii* abutitur: nam peculii nomen non cadit in eos, qui sui juris sunt, *l. paterfam. 182. de verb. sign. l. ult. in fin. C. de inoff. testam.* Peculium igitur illic ἐν φιλάνα dictum est, quod peculium esset, si filius in potestate mansisset.

5. Sed nec filiafam. dotem, quam a patre acceperat, ex edicto conferebat; quamvis dos e bonis patris exire & proprium filiæfam. patrimonium esse intelligatur, *l. 4. ff. h. t. l. 1. §. ult. de dot. collat. l. 3. §. ergo etiam, 5. ff. de min. l. 14. pr. ff. ad l. falcid.* ubi Papinianus ait, dotem in hæreditate patris non inveniri, & tamen emancipata cum cæteris bonis omnibus etiam dotem conferebat. Quod cum nonnihil iniquitatis haberet, placuit postea sola contemplatione æqualitatis, ut etiam filiafam. dotis collatione fungeretur; ne quod una in medium conferre cogitur, altera sibi proprium retineret. Hoc autem a Divo Pio primum constitutum videtur, *per l. 1. ff. de dot. collat.* generali enim edicto prætoris soli emancipati ad collationem vocantur, *l. 1. pr. ff. h. t.* Antonius Faber in *Codice suo h. t. defin. 4.* Leoni hoc tribuit, sed male.

6. Exemplo vero dotis a Leone producta postea est collatio etiam ad donationem propter nuptias, quæ veteribus fuit incognita, *l. quoniam, 29. C. de inoff. testam. l. ut liberis, 17. C. de collat.* Item Imperator longius progressus etiam in successionem matris, cui liberi nihil acquirunt, locum habere collationem voluit; nimirum ex sola consideratione æqualitatis, *d. l. ut liberis, C. h. t.*

7. Sed & generaliter constitutum est, ut quoties descendentes alicui ex adscendentibus succedunt, huic juri esset locus: utque non tantum filius aut filia defuncti sibi invicem, sed etiam nepotibus & neptibus secum avo succedentibus conferrent, & hi vicissim illis, scilicet patruis & avunculis suis, haud secus ac juris fuisset, si parentes eorum, quos repræsentant, adhuc essent superstites, *leg. illam, 19. C. h. t.*

8. Tandem Justinianus ad æqualitatem modis omnibus inter liberos servandam, & quo major esset occasio amoris & concordiæ, etiam ad successionem ex testamento jura collationum produxit, omnique casu, quo collationem ab intestato fieri jam antea necesse erat, cum etiam inter succedentes ex testamento fieri voluit, nisi expresse remissa sit aut vetita. *Nov. 18. cap. 6.* unde *aut. ex testamento, C. h. t.*

9. Rursus ex contrario jus collationis subinde coarctatum fuit. Nam ex quo tempore Constantinus & insequentes Imperatores bona materna & materni generis patri acquiri noluerunt, procul dubio liberi emancipati ad collationem ejusdem generis bonorum desierunt teneri, cessante scilicet ratione collationis inductivæ: nam etsi in potestate mansissent, tamen bonorum istorum proprietatem non patri, sed sibi quæsivissent, ut proinde concurrentes cum liberis in potestate constitutis, quo ad ista bona nullo eos incommodo afficiant.

Ob eandem, quam dixi, rationem, & quidem solam, Justinianus in universum adventitia exemit collationi, eamque restrinxit ad sola profectitia, *l. ult. C. h. t.* quo nomine id omne ad effectum conferendi appellatur, quod provenit ex bonis ejus, de cujus hereditate agitur.

Hoc aditu patefacto, tutius jam & sine offensa progrediemur. Et age igitur, singula potto, quæ in hoc argumento cognitu necessaria occurrunt, penficulate considetemus.

CAPUT III.

Quid sit collatio.

SUMMARIUM.

1. *Quæstiones principales in hac materia tractandæ.*
2. *Vulgatam collationis definitionem minus accuratam esse ostenditur.*
3. *Nova ab auctore allata & exposita.*

1. AD cognitionem juris de collatione constituti, quam hic quærimus, sex ferme sunt accommodatæ quæstiones, quas etiam ordine, sed paulo pluribus capitibus explicabimus. Prima est, in qua quæritur, quid sit collatio. Secunda, inter quos locum habeat. Tertia, quando seu qua in successione. Quarta, quæ bona in collationem veniant, sive quid quisque conferat. Quinta, quomodo collatio fiat, & omissæ quæ pœna. Sed & postrema, collationis quis sit finis, quis effectus. Quod si in his explicandis eadem subinde inculcabimus, cogitet lector in crebra juris mutatione id esse necessarium.

2. Collatio vulgo definitur rei propriæ in communem hereditatem illatio, ut æqualitas servetur, & ea servata bona hereditaria inter descendentes seu liberos, qui parenti succedunt, divi-

dividantur. Vid. Nemauſ. *tract. de collat. pr. n.* 2. Sapiam. *in l. ſi emancipati*, 9. *C. hoc tit.* Fernand. Vaſq. *de ſucceſſ. reſol. lib.* 2. §. 19. *n.* 1. *& ſeqq.* Saport. *tract. de collat. n.* 11. Sed hæc definitio examen legum de materia artium ferre non poteſt, & omnino vitioſa eſt, ſive ad veteris ſive ad novi juris normam exigatur. Nam etſi verum eſt, jure veteri non niſi propria bona in collationem veniſſe; quippe quæ jure ſoli liberi emancipati conferebant: tamen non eſt verum de toto, de omni & ſemper, quod lex veritatis, quæ *κατὰ παντὸς* dicitur, requirit. Nam utique non conferebant emancipati ea, quæ reipublicæ militantes in caſtris aut toga ſibi acquiſierant, quæ maxime cujuſque propria ſunt, *l.* 1. §. *nec caſtrenſe*, 15. *ff. hoc tit.* In eandem legem vel magis peccat iſta definitio, ſi ad rationem novi juris examinetur. Cum enim hodie non modo emancipati ſuis, ſed etiam ſui emancipatis, & ſibi quoque invicem conferant, & conferantur nunc non alia bona, quam profectitia, ſive ea a matre, de cujus ſucceſſione agitur, profecta ſint, ſive a patre, & a patre profecta ne novo quidem jure filii-fam. acquirantur, ſed parentum, quorum in poteſtate ſunt, propria maneant, §. 1. *Inſt. per quas perſ. cuique acq.* Hic jam vides, quam longe vulgata illa definitio recedat ab iſta lege, quam dixi univerſalem & perpetuam veritatem in documentis artium requirere. Plane ſi proprietatem verbi ſpectamus, ea ſola proprie conferri dicuntur, quæ noſtra ſunt, aut utique quodammodo noſtra, ut dos & donatio propter nuptias a patre profecta. Cæterum & ea quoque dicuntur conferri, licet minus proprie, quæ, verbi cauſa, in peculium a patre accepimus, nimirum ratione poſſeſſionis, aut potius detentionis duntaxat: quippe cum ea in bonis patris permaneant, eoque in hereditate ejus reperta dividantur, *l. filiis*, 12. *C. h. t.*

Collatio inquam *κυρίων* rerum eſt propriarum, non hereditariarum: ſed tamen in his etiam poſterior ætas verbo collationis uſa eſt, ut ſignificaret earum, omiſſa quali quali poſſeſſione, in commune reſtitutionem, collationem ſc. opponens ei, quod alias præcipuum retinetur, *l. pen. & ult. C. h. t.* Sic in *L. certum*, 13. *C. fam. erciſc.* dicitur liberorum peculia poſt mortem patris ad communionem eſſe revocanda, id eſt, conferenda: Græci *εἰσφέρονται*, *conferuntur*; reſpectu videlicet uſus & juris adminiſtrandi, quod habuerunt vivente patre, ut bene Jo: Saporta *tr. de collat. n.* 77. *&* 2. *ſeqq.*

3. Sic igitur potius collatio definiatur. Collatio eſt contributio earum rerum, quas de bonis ſuis parens, de cujus hereditate agitur, liberis ſuis, ut liberis, in vita ſua conceſſit, ob eam cauſam donavit, aut alias ea lege, ut conferrentur. Ajo *de bonis ſuis*, ut excludam adventitia, id eſt, quæ non ex bonis parentis, de cujus hereditate quæritur, ſed aliunde liberis obveniunt: hæc enim novo jure collationi non ſunt obnoxia, *l. ult. C. h. t.* maxime caſtrenſia & quaſi caſtrenſia, quæ ſemper a lege collationis immunia fuerunt, *l.* 1. §. *nec caſtrenſe*, 15. *ff. eod. l.* 12. *C. eod.* Cum dico *in vita ſua*, excludo legata & fideicommiſſa, item mortis cauſa donationes, quæ demum poſt mortem patris acquiruntur, & ideo in collationem non veniunt, *l.* 10. *l.* 15. *& l. ſeq. C. eod.* His verbis, *liberis ut liberis*, removemus hic ea, quæ liberi, non ut liberi, ſed ut extranei quilibet, capiunt; veluti ſi pater filium propter bene merita remuneratus ſit: hoc enim caſu videtur filius meruiſſe donationem, non ut filius, ſed ut extraneus quilibet, quem nemo dixerit collatione fungi oportere, facit *l. a patre*, 20. *C. h. t.* ibi *extero jure capiens*. Sed de hoc pluſcula inferius.

Per verba *ob cauſam donavit*, intelligo dotem & donationem propter nuptias, aliaque, quæ liberi a parentibus accipiunt, ut ſe exhibere, negotiationem aut artem aliquam &c. exercere poſſint. Itaque excludimus hic donationem ſimplicem, extra quam ſi facta ſit in compenſationem dotis aut donationis propter nuptias: tunc enim naturam induit donationis ob cauſam *lib. pen.* §. 1. *C. t.* Illis verbis, *aut alias ea lege, &c.* innuo etiam ſimplicem donationem conferri, ſed ita demum, ſi ea lex donationi expreſſe dicta fuerit, *d. l. pen.* §. 1.

CAPUT IV.

Inter quos locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1. *Ex edicto ſolos liberos emancipatos ad collationem vocari.*
2. *Ei ſoli emancipatum conferre, cui & aliquid aufert.*
3. *Ex ſententia edicti quo caſu emancipatus ad collationem vocetur.*
4. *Sententia* l. 6. ff. de dot. collat.
5. *Emancipatos ex edicto ſibi invicem non conferre.*
6. *Explicatio* l. 1. §. ſi ſit filiuſ. ff. h. t.
7. *Hotomanus & Bachovius notati.*
8. *Sui nec inter ſe, nec emancipatis ex edicto conferunt.*
9. *Nec emancipati ex teſtamento hereditatem obtinentes ſuis heredibus.*
10. *Collationi locum fuiſſe etiamſi liberi ex capite unde liberi excluſi, ex ſequentibus admitterentur.*
11. *Confutatio ſententiæ contrariæ.*
12. *An liberi, qui ſunt in adoptiva familia, conferant fratribus naturalibus.*
13. *Explicatur*, l. 1. §. is quoque, ff. h. t.

1. SUC-

1. SUCCEDIT nunc secunda quaestio, inter quos collatio locum habeat. Edicto perpetuo, atque ita jure veteri ad collationem bonorum vocantur soli liberi emancipati, idque tunc demum, cum aut bonorum possessione contra tabulas petita, aut nullo testamento facto simpliciter ex capite *unde liberi* ab intestato succedunt una cum featribus suis, qui in potestate patria manserunt, *l. 1. pr. & §. 5. ff. h. t. l. si emancipati*, 9. *C. eod. l. filium quem*, 20. *§. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.*

2. Ei autem suo emancipatus confert, cui & aufert aliquid ex causa hereditaria: ut ecce, filius emancipatus nepoti ex se suscepto & retento in potestate confert, non fratri: si non sit nepos, confert fratri, *l. 1. §. 13. ff. de conjunc. cum emanc. lib.* vel si sit filius, & ex alio filio jam mortuo nepos unus, & ex alio nepotes ex eodem filio nato & mortuo duo pronepotes, unus in potestate, alter emancipatus, pronepos emancipatus fratri soli confert, non patruo: si non sit frater, soli patruo, non patruo magno: si non sit patruus, patruo majori, id est, filio: quae species est *d. l. 1. §. ult.*

3. Et quidem secundum verba edicti non aliter emancipati praeteriti ad collationem urgeri videntur, quam si filii in potestate retenti heredes instituti, & ipsi contra tabulas bonorum possessionem petant, non si ea omissa ex testamento hereditatem amplectantur: sed ex sententia edicti etiam hoc casu conferendum iis esse Scaevola respondit: quoniam pro parte sua bonorum possessionem petere potuissent; & utique injuriam per bonorum possessionem emancipatis datam patiuntur, *leg. si filius*, 10. *ff. h. t.*

4. Non obstat huic responso Scaevolae, *l. 6. ff. de dot. coll.* nam longe diversa species in *d. l. 6.* a Pomponio proponitur, nimirum ubi filius emancipatus heres institutus est, & filia in potestate existens, exheredata, quae inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit; quo casu ideo collationi locus non est, quia soror injuria a praetore non afficitur, eo quod frater emancipatus ex judicio patris venit. At apud Scaevolam in *d. l. 10. h. t.* refertur casus, quo filius ἀτεξούσιος heres est institutus praeterito emancipato; atque hoc casu ex aequitate inducitur collatio. An circa hos casus mutatio aliqua facta sit jure τῶν νεαρῶν, dicemus postea.

5. Hinc jam elicimus haec consectaria. Primum est, quod emancipati sibi invicem ex edicto nihil conferent, deficiente videlicet causa, propter quam collatio a praetore introducta est: nam cum pari jure omnes ad bonorum possessionem admittantur, nullo incommodo alter alterum afficit., *l. 1. §. totiens*, 5. *l. 2. §. si tres*, 5. *ff. hoc tit. l. 9. C. eod.* aliis autem non conferunt, quam quibus pars hereditatis detrahitur; nec alii conferunt, quam qui detrahunt. *l. 1. §. emancipatus*, 13. *de conjug. cum emancip. lib.*

6. Sed objicitur huic sententiae *l. 1. §. si fr filius*, 16. *d. t.* Tractatur illic haec ab Ulpiano quaestio: Tres erant fratres, unus emancipatus, duo in potestate retenti, quorum alter duobus relictis filiis, uno in potestate avi, altero emancipato vita excessit. Avo mortuo filius emancipatus beneficio praetoris utitur, ut sibi ex hereditate patris partem ferre liceat, quaeritur quemadmodum dotem suam, quae ex eodem edicto fratribus conferre debet, partiri eum oporteat. Respondet Ulpianus ex sententia Scaevolae, tres cum patres facere oportere, & superstiti filio trientem dare, sibi alterum retinere, nepotibus tertium conferre: quoniam nepotes in filiorum gradum succedentes, etiam in hac collationis causa eodem jure uti debent, *l. 1. §. si pater*, 4. *d. tit. l. 2. §. si duo*, 7. *ff. hoc tit.* Dicet hic aliquis, si emancipatus emancipato non confert, soli nepoti in potestate retento conferri totum illum trientem oportere. Haec objectio etsi Cujacio *l. 3. obs. 29.* gravissima visa est, mihi tamen non videtur adeo magni momenti; quia collatio illa non fit simul & conjunctim ambobus nepotibus, sed ei uni duntaxat, qui in potestate avi manserat: emancipatus autem frater edicti beneficio dimidiam ei patrem aufert; atque ita non directo, sed per interpositam fratris personam sextantem ex patrui emancipati bonis consequetur: quoniam frater in potestate retentus fratrem emancipatum admittere cogitur, *l. 1. §. emancipatus*, 13. *ff. de conjug. cum emanc. lib.* & simile quid accidit in specie, *l. 5. pr. ff. hoc tit.* Saport. *d. tract. n. 5. & seqq.* Suerin. 1. *repet. lect. c. 46.* Hotom. 9. *obs.* 8. Bach. *ad Treut. l. disp. de collat. th.* 3.

7. Caeterum Hotomanus & Bachovius addunt aliquid, quod aut falsum est, aut non intelligo, quid sibi velint, nimirum per personam alterius nepotis, cui ajunt, liberos non habenti, cum frater idemque nepos emancipatus concurrens inferat injuriam, & ideo bona sua conferre teneatur, fieri, ut emancipatus patruus per consequentiam, propter nepotem in potestate, cui ipse patruus injuriam facit, nepoti quoque emancipato conferat. An igitur cum nepote in potestate retento, sive ille liberos habeat, nepos idemque frater emancipatus non concurret, aut si concurrit, non infert injuriam, aut necessitate conferendi non tenetur? ne ipsos, quidem hoc dicturos arbitror. Et credibile est, *arg. d. l. 1. §. emancipatus*, 13. *de conjung. cum emanc. lib.* quem locum allegant, hoc eos sensisse, ipsum nepotem emancipatum, si liberos non habet in potestate proavi retentos, fratri suo in potestatem conferre debere, cui alias non conferret, de quo in *pr. hujus capitis* dictum est.

8. Secundum consectarium est; suos neque invicem sibi, neque emancipatis ex edicto conferre: quippe cessat & hic ratio collationis, quoniam si patri suo ab intestato succedentes aut

aut inter se aut cum emancipatis, nec sibi invicem aliquid auferendo injuriam faciunt, cum æquali jure omnes heredes sint ex antiqua lege 12. tabularum, nec emancipatis, a quibus potius ipsi injuriam patiuntur, *l. 1. pr. & §. toties 5. ff. hoc tit.* Sed nec extra bona castrensia & quasi castrensia, quæ libera sunt ab onere collationis, *d. l. 1. §. nec castrense, 15.* filiifam. quicquam de suo conferre poterant, cum cætera omnia parentibus suis, quorum in potestate erant, acquirerent. Saport. *num.* 58. Quod autem filiafam. dotem tam suis, quam emancipatis confert, id non ex edicto est, sed ex rescripto D. Pii, *l. 1. de dot. collat.* de quo iterum inferius.

9. Tertium est; si emancipati scripti sint heredes una cum fratribus suis, & ex testamento hereditatem obtineant, eos bona sua fratribus non conferre, *l. 6. de dot. collat. l. Pomponius Philadelphus, 35. ff. fam. erc. l. 1. l. 7. C. hoc tit.* cessante videlicet etiam hic ratione edicti, quia nulla hoc casu fit injuria, nec quicquam fratribus avocatur, cum emancipatus a patre heres una scriptus est, & directo ex judicio patris succedit. Excipiendum est, nisi testator expressum aliud caverit, *d. l. 1. & d. l. 7.* Ad hunc autem locum non pertinet *l. si non mortis, 25. ff. de inoff. testam.* quia nos loquimur de emancipato herede scripto: illic vero agitur de filio immerito exheredato, cui competit querela inofficiosi testamenti.

10. Illud quæsitum est, an collationi locus sit, etiamsi liberi tempore vel repudiatione exclusi ex primo capite *unde liberi*, ex secundo aut tertio capite, *unde legitimi* aut *unde cognati* admittuntur: & magis est, ut etiam hic collationi sit locus, ut ecce, duo sunt filii, alter in potestate, alter emancipatus: uterque patre intestato mortuo neglexit petere bonorum possessionem ex prima parte, unde liberis defertur, & tempore exclusus est. Hic quidem ita jus est, ut nihilominus ex alia parte petere bonorum possessionem possint, filius in potestate vel capite *unde legitimi*, vel ex illo *unde cognati*; emancipatus ex ea parte *unde cognati* tantum: quippe absurdum prætori visum non est, eos qui diversas habent qualitates, ex diversis quoque capitibus successive admitti, & ipsos sibi ex hac parte successoria succedere, ita ut in specie proposita primo capite exclusi simul succedant ex alia atque alia parte adicti, & suus *unde legitimi*, emancipatus *unde cognati* petere possint, *l. 1. §. sed videndum, 11. de success. edict. l. 6. §. 2. de carbon. edict. l. 4. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss. serv.* Sed quæritur an hoc quoque casu emancipatus fratri suo conferre debeat. Et puto, ut dixi, conferre debere: ex sententia nimirum edicti, cui toties locus est, quoties aliquo incommodo is, qui in potestate est, afficitur interventu emancipati, *l. 1. §. toties, & arg. l. si filius, 10. ff. hoc tit.* & alias eludi posset conferendi necessitas. Confirmat hanc sententiam quod prætor liberos etiam ex inferioribus ordinibus venientes, non tantum ut agnatos aut cognatos, sed etiam ut liberos consideraat, *l. 6. §. 2. ff. de carbon. edict.* estque hujus rei argumentum, quod annuum nihilominus spatium habent, non ut cæteri, centum dies, *l. 4. §. 1. ff. quis ord. in bon. poss. serv.* Et cum igitur liberi etiam ex secundo & tertio capite veniant tanquam liberi & jure liberorum succedant, ratio nulla dari potest, cur alter alteri, cui injuria fit, conferre non debeat.

11. Hoc fundamento posito, non difficile erit respondere rationibus Baldi, Cagnoli, Alexandri, Riminaldi *in l. si emanc. 9. C. hoc tit.* & aliorum, ut Nemausensis *tract. de collat. c. 2. n. 19.* Petri Tholosani *lib. 46. syntagm. c. 8. n. 24.* quibus illi moventur in contrarium: velut cum ita argumentantur; collationi locus non est inter agnatos & cognatos: at liberi ex inferiore ordine venientes vicem agnatorum & cognatorum subeunt, &c. hanc assumptionem falsam esse satis apparet ex iis, quæ modo dicta sunt. Nulla lege cautum est, inquiunt, ut inter eos, qui ex secundo aut tertio capite veniunt, conferendi necessitas esset. Inepta ratio, quoniam satis cautum est, ut sit collatio inter liberos: quos jam ostendimus, etiam tunc cum ex inferiore parte veniunt, tanquam liberos & jure liberorum succedere. Perspicue autem lapsus est Alexander in eo, quod putavit collationem esse rem odiosam; tantum enim abest, ut odiosa habeti debeat collatio, ut contra eam favorem mereri videatur, tanquam conciliatrix concordiæ & æqualitatis. Jure recentiori res est plane liquida, *l. ut liberis, 17.* illic, *quocunque jure intestatæ successionis, C. hoc tit.* quod etiam Saporta *tract. de collat. n. 72.* bene observavit: & nostram hanc sententiam, quæ etiam communis est, contra Bald. & alios jam olim recte tutati sunt Fulgos. & Roman. *in d. l. si emancipati, 9. C. h. t.* add. Gilken. *in d. l. 9. n. 45. & seqq.* Jure novissimo hæc disputatio pene supervacua videtur, postquam *Nov.* 118. *c.* 1. tres ordines facti succedentium jure civili.

12. Quæritur, an liberi, qui sunt in adoptiva familia, conferant fratribus suis naturalibus. Quæstio hæc videri potest inepta: nam liberi adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, patri naturali sunt extranei, non tantum jure civili, sed etiam honorario: & ideo præteriri, si adhuc in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, nec ad bonorum possessionem *contra tabulas*, nec ad illam *unde liberi* a prætore vocantur, *§. at hi, 10. cum seqq. Inst. de her. qua ab intest. defer; §. adoptivi, 4. Inst. de exher. lib.* Et quomodo ergo his quæstio moveri poterit de collatione, qui nihil auferunt? Et tamen apud Ulpianum *l. 1. §. is quoque, ff. h. t.* legimus, eum qui in adoptiva familia est, conferre debere, non quidem ipsum, sed qui eum ha-

habet in potestate, si maluerit bonorum possessionem accipere, *add. l. 12. de dot. collat.* quod a ratione juris plane alienum esse videtur. Et profecto ita est: sed locum istum Ulpiani restringi oportet ad casum, filius adoptivus a patre naturali heres institutus est, præterito alio filio sive suo sive emancipato. Nam ita edictum prætoris acceptum fuit, ut beneficio præteriti etiam institutus recte peteret bonorum possessionem contra tabulas, *l. 3. §. si quis, 11. l. si post. 10. §. ult. ff. de bon. poss. cont. tab.* quo casu res ad causam intestati redibat, & in terminis datis in adoptionem idem Ulpianus in *l. 8. §. in adoptionem, 11. de tit.* scribit eos a prætore non submoveri, modo heredes instituti sint, eosque accipere bonorum possessionem contra tabulas: sed solos non committere edictum.

13. Atque hæc explicatio & restrictio confirmatur etiam ex ipsa *leg. 1. §. is quoque, 14. ff. hoc tit.* ait enim jurisconsultus, si pater adoptivus ante petitam bonorum possessionem filium sine fraude emancipaverit, eum ad collationem non cogi: atqui constat filium adoptivum post patris naturalis mortem emancipatum bonorum possessionem unde liberi aut contra tabulas petere non posse, hæc cum non intelligeret Saporta, insigniter erravit, *d. tract. num. 60. & seqq.* ubi ita disputat, ac si in *d. leg. 1. §. 14.* ageretur de collatione a filio adoptivo facienda naturalibus liberis defuncti, a quo & ipse adoptatus fuerat. Plane hodie postquam etiam inter institutos collationi locus esse cœpit, in casu proposito non amplius desideratur, ne institutus beneficio præteriti bonorum possessionem contra tabulas petat. Apud nos, qui liberos adoptivos non habemus, hæc quæstio inutilis, ut & in reliquo Belgio, Grot. 1. *manuduct.* 6. Christin. *vol. 4. decis.* 185.

CAPUT V.

An alii præter descendentes collatione fungantur.

SUMMARIUM.

1. *De veteri jure frustra quæri, an inter adscendentes collatio locum habeat.*
2. *Novo jure quæstionem illam colorem habere posse: sed nec hoc jure collationem isto casu admittendam.*
3. *Multo minus collationi locum esse inter laterales.*
4. *Collationem interdum officio judicis induci, deficiente remedio juris.*

1. AN adscendentes liberis suis succedentes collatione fungantur, de veteri jure frustra quæritur: quippe quo jure nunquam duo adscendentes simul succedebant. Nam filius quidem in potestate heredem ab intestato habere non poterat, sed eo mortuo pater bona ejus jure peculii occupabat, etiam ipsa castrensia, *l. 2. ff. de castr. pecul. §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Emancipato autem liberos non habenti etsi ab intestato pater & mater succedebant, non tamen succedebant simul: sed pater excludebat matrem, sive ut manumissor heres existeret, sive non manumissori competeret bonorum possessio, *leg. 2. §. objicitur, 15. ff. ad senat. Tertull. leg. 10. ff. de suis & legit.*, qua in re iterum graviter errat Saporta putans patrem & matrem æqualiter ex Tertulliano admitti, *num. 64.* Mater vero excludebat avum & proavum, quos placebat in Tertulliano matri non nocere, *d. leg. 2. §. objicitur*. Postquam autem liberis in potestate constitutis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, datus quidem etiam his fuit heres ab intestato, sed fratres & sorores parentibus prælati, *leg. 4. Cod. de bon. quæ lib. in pot. leg. ult. Cod. comm. de success.* quod haud dubie etiam in successione liberorum emancipatorum simul obtinere cœpit, ut tamen hic pater manumissor præferretur matri, jure veteri patri servato, *leg. 2. Cod. ad sen. Tertull.* Jam vero cum fratres, qui parentibus in successione potiores erant, nihil invicem conferrent: credibile non est ad parentes onus collationis pertinuisse; & ideo minus credibile, qui ante constitutionem Leonis nec liberi matri aut aviæ succedentes, quicquam inter se conferebant: & omnino hic cessabat ratio, ob quam primum collatio introducta fuit, videlicet injuria, qua alter afficiebatur detracta parte hereditatis.

2. Sed postquam hæc ratio mutata est, & functionem collationis ex sola æqualitate æstimari placuit, maxime jure novissimo quo statim post liberos defuncti parentes ad successionem vocantur, & ita ut plures adscendentes simul succedere queant: *Nov. 118. n. 2.* absurdum quibusdam visum non est, si dicamus nunc etiam parentes liberis suis succedentes, bona quæ ab his acceperunt, in medium conferre oportere: quod & defendit Aretinus *in l. ut liberis, 17. C. hoc tit.* & defendi posse existimat Jason. *in l. 9. C. eod.* Sed cum nulla lege aut constitutione de collatione a parentibus facienda cautum sit, & tantum de æqualitate inter liberos servanda etiam novissima Justiniani sanctione *Nov. 18. c. 6.* mentio fiat, satius est, ut nos intra septa contineamus; præsertim cum multa alia de liberis constituta sint, quæ ad parentes produci non debent, quorum magnam partem collegit Jason. *in l. ult. C. unde lib.* add. Nemauf. *c. 2. 19. & q. 20.* Saport. 64. Sichard. *ad rubr. C. h. t. n. 10.* post. Cynum. Bald. Castr. Rimin. *in l. 9. C. eod.* late Gilken *in d. l. 9. n. 39.*

3. Multo minus collationi locus erit inter cognatos lineæ transversæ; quia quod quis a fratre, aut patruo vel avunculo, aut aliis cogna-

tus.

tus quis a cognato inter vivos habuit, non potest videri datum animo minuendæ portionis hereditariæ postea obtingentis. Inepte autem pro hac sententia argumentum abducitur ex *l. 3. §. 1. ff. de leg. præst. cont. tab.* ubi negat jurisconsultus ex edicto illo legata conservari fratri & sorori: Nam si ex eo recte collegeris fratres & sorores collationi non esse obnoxios, necessario sequeretur onus collationis incumbere parentibus, quoniam his legata conserventur, *d. l. 3. §. 1. l. 1. eod.* Sed nimirum æqualitas & communio, quam collatio introducit, iis tantum apta & conveniens est, qui succedant in bona demortui jure liberorum, quique simul veniunt jure quodam fraternitatis; quod ipsum per se nomen nihil aliud est, quam æqualitas & communio, & ita DD. comm. *ad l. 9. h. t.* Nemauf. *c. 2. n. 1.* Boer. *decis.* 302. Vasq. *lib. 2. de success. resol. §. 19. n. 27.* Christ. *vol. 4. decis. 2. num.* 8. Et consuetudine Burgundiæ inter laterales quoque dandum esse locum collationi censet Chassan. *tit. de succ. rub. 7. §. 5. n. 59. & seqq.*

4. Plane si æquitas rei potestatem collationis inducere debeat, deficiente juris remedio succedet officium arbitri familiæ erciscundæ, ne quis coheredum id præcipuum habeat, quod citra cæterorum injuriam retinere non possit. Nam officium arbitri adminiculum est & auxilium subsidiarium, cui plerumque locus est ex æquitate, cum ratio juris deficit, ut in specie *l. 2. C. de inoff. donat.* item in *l. filii, 16. l. filia, 18. & passim C. fam. ercisc.* Ant. Fab. *C. suo h. t. defin. 1. & pact. defin.* 2. ubi illustre exemplum.

CAPUT VI.

De diverso jure succedentibus.

SUMMARIUM.

1. *An locus collationi, ubi unus e filiis institutus, alter exheredatus est, sive uterque in potestate sit, sive neuter, & coheredatus per querelam testamentum evertat.*
2. *Quid si emancipatus heres institutus, frater exheredatus.*
3. *Quid si emancipatus heres institutus, frater præteritus.*
4. *Quid si filius in potestate heres institutus, emancipatus præteritus.*
5. *Species* l. 1. pr. p. ff. de dot. coll. *& an ea procedat, cum filia heres scripta se miscuit, præterito forte filio emancipato.*
6. *Jure novo de his frustra disputari.*

DUO sunt filii, quorum unus e patre institutus est heres, alter exheredatus, qui inofficiosi lite perlata partem dimidiam hereditatis abstulit: potest enim testamentum ex post facto pro parte per querelam rescindi, & ita ex accidenti fieri, ut quis vi ipsa pro parte tantum testatus decessisse videatur, *l. 15. in fin. l. circa, 24. & l. seqq. in fin. ff. de inoff. test.* Itaque in casu proposito alter ex testamento, alter ab intestato succedit.

1. Quæritur, an locus sit collationi? Et jure quidem veteri nulla in hac specie erat collatio, sive uterque filius in potestate fuisset, sive neuter: nam nec sui inter se, nec inter se emancipati eo jure quicquam conferebant, excepta filiasam. quæ ex rescripto D. Pii dotem conferre fratribus cogebatur, de quo dictum supra est.

2. Sed etsi ponamus alterum fuisse emancipatum, alterum in potestate, & emancipatum a patre heredem scriptum, fratrem exheredatum, quamvis hic frater exheredatus actione de inofficioso mota testamentum patris pro parte postea everterit, & ita in partem dimidiam bonorum patris tanquam ab intestato succedat, cessabit nihilominus collatio: quoniam suus non conferebat emancipato, nec hic item emancipatus suo, proterea quod ex judicio patris venit, *l. pater filium, 6. de dot. collat.*

3. Sed finge filium in potestate heredem institutum, emancipatum præteritum, hic si emancipatus petita bonorum possessione contra tabulas testamentum patris pro parte evertat, etiam si frater omissa bonorum possessione, quam beneficio præteriti accipere poterat, ex testamento hereditatem amplexus sit, jure quoque veteri emancipatus fratri suo heredi conferebat, non quidem ex verbis edicti, aut summo jure: sed ex æquitate & edicti sententia: cum utique etiam hic bonorum possessionem ab emancipato agnitam suus injuriam patiatur, *l. si filius, 10. ff. hoc tit.* multa in contrarium disputant Ant. Fab. *dec. 40. & seq.* contendens *d. l.* 10. corruptam esse a Triboniano, additumque totum illum versum, *Sed magis sentio* &c. verum frustra & incassum; longeque alius casus proponitur, *l. 6. de dot. collat.* quam in *d. l. 10. ff. h. t.* illic proponitur filius emancipatus heres institutus, filia in potestate exheredata; filius in potestate heres institutus, emancipatus præteritus.

4. Similiter rescripto Imperatoris D. Pii collatio producta est in specie *l. 1. pr. de dot. collat.* ubi filiasam. quæ neglecta bonorum possessione hereditati paternæ se miscet, dotem conferre tenetur, cum ex edicto collatio tantum fiat inter succedentes jure prætorio, bonorum possessione contra tabulas aut *unde liberi* petita. Quidam putaverunt hoc etiam procedere eo casu, quo filia testamento patris heres scripta se miscuit, puta præterito filio emancipato, qui bonorum possessionem contra tabulas accepit, & sua bona conferre tenetur: neque hic ullam esse absurditatem, *argum. dict. leg. 10. hoc. tit.* Ego tamen dubito, quoniam hic filia ex judicio patris directo venit, quo casu cessat collatio, *l. 6.*

l. 6. l. 7. ff. de collat. dot. l. 1. C. hoc tit. & si filia cum fratribus heres instituta non confert, *l. 7. C. eod.* multo minus ad collationem urgeri posse videtur, si sola heres scripta sit.

5. Finge iterum filium, qui in potestate est, heredem scriptum, emancipatum exheredatum, hic etsi emancipatus ad bonorum possessionem contra tabulas non admittatur, *l. 8. pr. ff. de bon. poss. cont. tab.* ac proinde nec frater heres scriptus beneficio exheredati, tamen si emancipatus de inofficioso questus patris testamentum rescinderit, adhuc dicendum videtur ex humanitate & sententia edicti conferre eum debere fratri heredi scripto, qui non minus per querelam inofficiosi, quam petita bonorum possessione contra tabulas injuria afficitur, adempta parte hereditatis, & hoc fortius, quam in specie *d. l. 10. h. t.* An vero dicemus idcirco emancipatum hic non conferre, quia contra tabulas petere non potuit, & ideo hic cessare partes prætoris? *arg. l. 7. ff. de dot. collat.*

6. Sed de his frustra disputamus post constitutionem Leonis in *l. ut liberis, 17. C. h. t.* & jure novissimo cum etiam inter eos collatio locum habeat, qui ex testamento & judicio patris veniunt, necesse est, ut nunc etiam iis conferant, qui diverso jure veniunt: cui illud quoque consequens est, quod in casu *d. l. 10. h. t.* nunc mero jure collatio facienda sit, & facienda etiam in casu *l. 6. & l. 7. ff. de dot. col. lat.* utpote sublatum per *Nov. 18. c. 6.* quæ & communis est opinio, test. Jas. *in d. l. 17. Cod. hoc tit. col. 5. vers. in ultima parte*, Graff. *lib. 2. rec. sent. quæst. 4.* Nemausens. *dict. tractat. quæst. 32.* Vasq. *lib. 1. de success. res. §. 19. n. 54. & seqq.*

CAPUT VII.

De mutatione progressu temporis facta circa personas conferentium.

SUMMARIUM.

1. *Collatio dotis a quo quam ob causam imposita filiafam.*
2. *A quo quam ob causam collatio dotis & donationis propter nuptias liberis omnibus injuncta.*
3. *A quo qua de causa producta collatio ad succedentes in linea materna.*
4. *Item ad nepotes & neptes succedentes cum patruis & avunculis.*
5. *A quo tandem quam ob causam tracta collatio ad succedentes ex testamento.*
6. *Item liberis collationem fieri debere, etiamsi cum his extraneis heres scriptus sit.*
7. *Ad excludendam collationem sufficere voluntatem defuncti ex evidentibus conjecturis elicitam.*
8. *Non conferri, quod datum est ultra portionem hereditariam.*

PROCEDENTE tempore etiam liberis in potestate positis onus res quasdam conferendi impositum est, & tam invicem sibi, quam fratribus emancipatis simul ex edicto succedentibus, bonorum scilicet possessione *unde liberi* aut *contra tabulas* petita.

1. Et quidem primus D. Pius constituit, ut filiafam. dotem, quam a patre acceperat vel promissam habebat, fratribus conferret, *l. 1. pr. ff. de dot. collat.* junct. *l. 3. l. 4. l. 8. l. filiæ, 12. C. hoc tit.* quod ratio æqualitatis suasit, eo quod pater dotem ex officio dare tenetur, & dos etiam profectitia propter jus filiæ, quod constante matrimonio habet, e bonis patris quodammodo exit, de quo dictum superius *c. 2.* Putaverunt nonnulli obstare *l. Pomponius Philadelphus, 35. ff. fam. ercisc.* sed male: quoniam Papinianus illic tractat de filia testamento patris herede instituta, quo casu filia non conferebat dotem, *l. 7. C. h. t.*

2. Quod cum a D. Pio constitutum esset in dote, Leo Imperator, propter similitudinem dotis, idem juris esse voluit & in donatione propter nuptias, quæ veluti alia quædam dos sive ἀντίφερνα & dotis quædam compensatio est, veteribus autem incognita, *l. 29. Cod. de inoff. testamen.*

3. Idem Imperator collationem produxit etiam ad successionem intestatam in linea materna, *l. ut liberis, 17. C. hoc tit.* Itaque ex eo tempore liberi omnes, sive sui fiot, sive emancipati, sive soli sui, sive soli emancipati, sive inter se mixti, sive nec sui, nec emancipati, quocunque jure intestatæ successionis parentibus heredes existant, ad collationem vocantur. Hoc autem ex sola consideratione æqualitatis a Leone constitutum est; nam liberi matri non acquirunt, aut matri ex senatusconsulto succedentes, quemquam injuria afficiunt, præter agnatos, quibus alias lege duodecim tabularum deberetur hereditas: sed horum in causa collationis nunquam ratio habita fuit.

Plenius itaque Leo non solum in dote, sed etiam in donatione propter nuptias de collatione cavit: videlicet ut sine distinctione a patre, aut a matre, avo, avia, proavo, proavia, paternis, maternis dos aut donatio propter nuptias profecta esset, conferretur; idque locum habere voluit tam in suis, quam in emancipatis, *d. l. 17.*

Justinianus autem insuper sustulit scrupulum, qui ortus erat ex constitutione Arcadii & Honorii in *l. nepotes, C. Theod. de legit. hered.* an quod statutum erat in collatione per nepotes avunculis facienda, etiam in patruis, amitis, materteris, & contra probandum esset. Fecit hoc Justinianus in *l. illam, 19. C. eod.* ubi scrupulum illum tollens generaliter cavet, ut nepotes

tes avo aut aviæ succedentes ab intestato non tantum inter se, sed etiam patruis, avunculis, amitis, & matetteris defuncti liberis ac coheredibus suis, atque hi vicissim illis conferant. Bart. Jas. Alex. & alii *ad d. l. 9.*

4. Nondum erat collatio inter eos, qui succedebant ex testamento, *l. 6. l. 3. ff. de dot. coll. l. Pomponius. Philadelphus, 35. ff. fam. ercisc. l. 2. l. 7. C. h. t.* nisi nominatim testator collationem injunxisset, *d. l. 4. C. h. t.*

5. Tandem autem etiam hoc jus mutavit Justinianus; atque ut omnimodo æqualitas inter liberos servaretur, constituit, ut liberi, quamvis hæredes scripti bona inter se conferant, uti conferrent, si ab intestato parenti successissent, nisi testator expresse collationem remiserit aut inhibuerit, *Nov. 18. c. 6.* unde *auth. ex testamento, C. h. t.* Alter nimirum testamento facto Justinianus voluntatem patris de collatione admittenda interpretatus est, aliter veteres & priores legum conditores. Veteres verba defuncti secuti sunt, & ex verbis de collatione judicarunt, ut si testator collationem injunxisset, bona conferri deberent; si de collatione nihil dixisset, tunc nihil quoque conferri ex voluntate ejus deberet. Justinianus autem sententiam parentum spectavit, non verba, & credidit, nec sine ratione, semper in dubio hanc videri esse mentem & votum patris, ut æqualitas & concordia inter liberos servetur, nec alter plus altero consequatur. Quod autem de collatione nihil caveret pater, id videri factum, quia aut cogitatione mortis præpeditus ὑπὸ τῆς ὡ τῷ θανάτῳ ταραχῆς συνεχόμενος aut alia cogitatione impeditus, non meminerit eorum, quæ prius a se data fuerunt. Ad hanc enim æquitatem ut res revocetur expresse testatur Imperator, sed etiam collationem exigere a scriptis heredibus, *d. Nov. 18. c. 6.*

6. Nec dubito, quin inter liberos collatio fieri debeat, etiamsi cum his extraneus aliquis heres scriptus sit, quoniam cum per adjectionem extranei heredis non tollatur ratio juris novi, quæ æqualitatem inter liberos desiderat, nec hac adjectione videri potest remissa collationis necessitas. Extraneo autem heredi conferendum esse, aut hunc conferre oportere nemo credo dixerit. Nemauf. *c. 2. n.* 18. Rimin. *in l. 9. hoc tit. num.* 181. Anton. de Amat. *num. 156. & seq. 7.*

7. Illam autem restrictionem nostram *nisi testator expresse collationem remiserit aut prohibuerit*, juxta *d. Nov. 18. c. 6.* non sic accipi volumus, quasi ad excludendam collationem omnino necessariam putemus verbis directo inhibentibus aut remittentibus expressam parentis voluntatem; sed voluntatem quoquo modo significatam, iis tamen verbis, unde ea probabiliter colligatur: veluti si pater majorem partem bonorum filio assignaverit, quam filiæ, addita hac ratione, quod filiam dotasset: ex eo enim satis intelligimus eum noluisse dotem a filia conferri per *l. ex parte, 39. §. 1. ff. fam. ercisc.* & ibi Costal. unde VVamef. *cent. 2. Civil. consf. 44.* recte respondit, testatorem, qui quasdam res a filia conferendas specialiter designaverat, intelligi reliquas a collatione exemisse. Sed & in casu præcedente idem probandum esse, licet causam inæqualis divisionis non expresserit pater: & ad collationem impediendam, si alias inæqualitas oriretur, sufficere voluntatem defuncti conjecturis collectam, contra Fulgos. & Roman. contendit Aretin. *in l. 9. C. h. t. col. 2. arg. d. l. 39. §. 1. fam. ercisc.* cujus sententiam ab æquitate commendat Nemauf. *q. 33.* sequitur Cravet. *consf. 85. & 125.* Surd. *consf. 143. n. 18. & 19.* & alii laudati & probati a Fachin. *lib. 5. cap. 78.* quibus suum quoque calculum adjicit Cl. D. Tulden. *ad C. h. t. n. 2.*

8. Qua eadem ratione, etsi regulariter dos conferri debet, tamen si pater majorem filio, quam filiæ portionem reliquerit, censendus est tacite onus conferendi remisisse. Mantic. *lib. 6. de conf. ult. vol. tit. 2. n. 11.* post. Odofr. Alber. Floria. & alios ibid. citatos. Denique ob hanc eamdem causam non confertur, quod præter & ultra portionem hereditariam datum est; velluti si pater filiæ suæ nomine dotem dedit centum aureorum, addita hac clausula, *idque ultra eam portionem, quam in bonis meis me defuncto habitura est*, quippe qua adjectione collatio non obscure remittitur. Ant. Fab. *C. suo tit. defin. 2.*

CAPUT VIII.

De filio & ex nepote institutis; deque filia instituta, quæ alias, statuto, extantibus masculis, excluderetur.

SUMMARIUM.

1. *Certo jure olim cessasse collationem, si filius & simul nepos ex eo instituti fuissent.*
2. *Sed nec novo aut novissimo jure collationem isto casu procedere.*
3. *Casus superiori non absimilis.*
4. *Filiam, quæ statuto a successione patris extantibus masculis excluditur, heredem cum fratribus scriptam, collationi obnoxiam non esse.*

1. JURE veteri, si pater filium & ex eo nepotem heredes instituisset, cessasse collationem certum est: quoniam omnium institutorum idem jus erat, cum omnes venirent ex judicio parentis, ut & succederent jure proprio, & nemo per alterum incommodo afficeretur: sic enim si emancipatus una cum suo heres institutus fuerat, cessabat ob eamdem causam collatio, & omnino non erat locus collationi inter succedentes ex testamento, de quo *c. præc.*

2. Sed nec novissimo jure, quo etiam inter succedentes ex testamento jus collationis est, in casu proposito collatio admittenda: quia cessat ratio, ob quam etiam in testamentaria successione locum habere collationem placuit, nimirum conservatio æqualitatis inter liberos: sed inter eos liberos nimirum, qui jus æquale habent in successione paterna, & qui, si testamentum factum non esset, jure liberorum ab intestato hereditatem obtinuissent: quod in proposito non est, utpote cum pater in successione intestati nepotem ex se natum in totum exclusisset. Absurdum quippe est dicere eos, qui in successione intestati jus nullum habent, si fuerint cum aliis instituti, inducere collationem: nam æqualitas illa respicit æquale jus liberorum in successione intestati, & alias magis induceretur inæqualitas; ita post DD. vulgo in *l. 9. C. h. t.* Nemauf. *q.* 25. Per. Tholos. 46. *syntagm.* 8. *n.* 24. Gomes. *ad legem Tauri*, 29. Guilken. *in l. 9. C. h. t. n.* 48.

3. Similiter si verbi causa testator Titium filium suum ex sola portione legitima heredem scripserit: in reliquis autem bonis nepotes tum ex eodem Titio, tum ex Mævio filio altero prædefuncto, dicendum est Mævii liberos donationem propter nuptias, quam pater eorum a testatore eodemque patre suo acceperat, conferre non teneri; quoniam testamento non condito liberi Titii in successione avi nihil juris vivente Titio habituri fuissent, sed extraneorum loco futuri. Et mirum est eos, qui secus sentiunt, ad confirmationem contrariæ sententiæ proferre *l. si nepotes*, 7. *ff. hoc tit. & leg. ult. liberis*, 17. *Cod. eod.* quippe quibus locis agi constat de successione intestata, ac proinde de iis nepotibus, qui in ea successione jus habent, eo quod successerunt in locum patris *d. l.* 7. aut etiam matris juxta jus novum introductum a Leone *in d. l.* 17. Quamvis autem Justinianus collationis jus produxerit etiam ad successionem testamentariam, semper tamen ponendi sunt termini habiles κατὰ τὸ ἀδιατάκτου, ut ipse loquitur, nempe si illi liberorum heredes instituti fuerint, qui & ab intestato venire poterant, aut qui immerito exheredati præteritive, queri de inofficioso, vel bonorum possessione contra tabulas petita testamentum patris evertere possent. Ita recte Curia Frisiæ apud Joan. a Sande *lib.* 4. *t.* 10. *defin. unic.*

4. Ex his fere judicari etiam potest, quid ad illam alteram quæstionem respondendum sit, an filia statuto existentibus masculis a successione ab intestato exclusa, & a patre simul cum fratribus herede instituta ad collationem vocanda sit: nimirum idem, quod in casu superiore, non cogendam conferre: quoniam cum ita exclusa nihil juris habeat in successione patris intestato mortui, si instituta sit, tanquam extranea venire videtur: extraneos autem collatione non fungi in confesso est, *l. ult. Codic. comm. utr. jud.* Utique jure liberorum censendi non sunt, quibus nec legitima debetur, sed qui alendi tantum, & qui nec bonorum possessionem *unde liberi*, nec præteriti *contra tabulas* petere possunt, nec exheredati queri de inofficioso. Quod si soror in proposito fratribus conferre deberet, fratres quoque vicissim huic conferre tenerentur, quod est absurdum & contra sententiam ac favorem statuti. Nec obstat, quod statuto duntaxat locus sit in causa intestati, hic autem filia heres cum fratribus instituta proponatur, atque, ut vult Jason. *in l. 9. C. h. t. col.* 8. non ut extranea, sed ut filia ex paterno affectu; nam æquale jus liberorum, quod habuissent in causa successionis ab intestato, etiam fundamentum est collationis faciendæ in successione testamentaria, *Nov.* 18. *c.* 6. & magis est, ut quod ex testamento patris hic filia consequitur, id extero jure, ut quilibet alius extraneus, capiat, *arg. l. a patre*, 10. *C. h. t.* ita Nemauf. *d. q.* 25. Per. Tholos. *d. num.* 24. Cravett. 1. *cons.* 1. *n.* 13. post Bald. *in l. ult. C. de lib. præt. col. fin.* Bart. *in l. ult. ff. ad Sen. Tertull.* Rimin. *ad l. 9. C. h. t. n.* 237. *& seqq.*

CAPUT IX.

Quando seu qua in successione locum habeat collatio.

SUMMARIUM.

1. *Olim collationi locum non fuisse, nisi in successione ab intestato.*
2. *Quid si non testamentum, sed codicilli facti essent.*
3. *Confutatio vulgaris distinctionis inter codicillos de toto & de parte disponentes.*
4. *Qui bonorum possessionem omittit contentus codicillo sibi relicto, ad collationem non urgetur.*
5. *Cur codicillis factis collatio nihilominus processerit, testamento facto non item.*
6. *Quæstiones hujusmodi hodie supervacuas esse, post Nov. 18. c. 6.*

1. OFFERT se nunc tertia quæstio, quando seu qua in successione collationi sit locus. Olim qui ex judicio patris veniebant, non sustinebant onus collationis, nisi id expresse injunctum fuisset: sed collatio tantum locum habebat in successione intestata, *l. 3. l. 6. ff. de dot. coll. l. 1. l. 7. l. ut liberis*, 17. *C. hoc tit.* quamquam nihil intererat, testamentum factum non esset, an quod factum erat, eversum esset per bonorum possessionem contra tabulas, aut per querelam inofficiosi, *l. 4. d. l. 17. C. h. t.* atque ejus rei jam sæpe mentio facta est.

2. Quæsitum autem ab interpretibus est, quid juris fuerit, si non testamentum, sed codicilli facti essent. Curtius, Cagnol. Riminald. *in l. 9. C. h. t.*

C. h. t. distinguunt inter codicillos disponentes de toto, & disponentes de parte aliqua, atque illis asserunt collationem impeditam fuisse, his non item: nimirum illi codicillos, quibus disponitur de toto (quamquam hoc minus accurate dicitur, cum codicillis non detur hereditas) putaverunt comparandos testamento, ut sicuti testamento institutus filius emancipatus non conferebat, ita ne collationi obnoxius fuerit in casu codicillorum disponentium de toto, id est, ut ego puto, de bonis universis aut parte hereditatis emancipato restituenda, quoniam hic succedit tanquam ex judicio patris: at ubi de re aliqua singulari disponunt, idem dici non posse.

3. Ego vero nun possum animadvertere, quid ad causam collationis intersit, de toto codicilli, an de parte disponant; siquidem ex codicillis non succeditur: de collatione autem quæri non potest, nisi inter eos, qui simul succedunt. Ponamus patrem filium emancipatum codicillis rogasse, in portionem hereditatis fratri suo in potestate retento restituat. Hic filius emancipatus non succedit ex codicillis, aut directo venit ex judicio patris; sed ut succedat, beneficio prætoris opus est, bonorum possessione unde liberi: quam si petat: bona sua fratri, cum quo simul succedit, ne incommodet suo heredi, conferre debet. Partem autem, quam rogatus est restituere, restituet, retenta quarta ex Senatusconsulto, eamque præcipuam habebit, *arg. l. a patre*, 10. *l. filiam*, 16. *C. hoc tit.* Idemque omnino juris est, si liberi emancipati codicillis rogati sint de re singulari fratribus in potestate retentis restituendo. *dd. ll.*

Ponamus ex contrario patrem codicillis a filio in potestate constituto fideicommissum hereditatis aut rei singularis reliquisse filio emancipato: nihilo magis emancipatus ex judicio patris succedit, & codicillis non obstantibus bonorum possessionem *unde liberi* petere debet: quam si petierit, cum filio in potestate concurrens bona quoque sua conferre cogitur, ut tamen quæ codicillis relicta sunt, quoniam extero jure capiuntur, præcipua habeat, *l. a patre* 10. *l. filiam*, 16. *C. hoc tit.* & ibi Gloss. & DD.

4. Plane si bonorum possessionem omiserit, contentus eo, quod sibi relictum est codicillis, hoc casu ad collationem eum urgeri non posse certum est: quoniam nemo ad collationem vocatur, qui non appetit successionem, *l. ult. ff. l. 1. l. ex causa* 25. *C. fam. ercisc.*

5. Sic ergo omnino habendum, jure veteri locum esse collationi etiam tunc, cum codicilli facti sunt, quoniam nihilominus succeditur ab intestato; sed codicillis uni ex liberis relicta in contributionem non venire, quia huc non ut liberi, sed ut extranei quilibet, capiunt, *dd. l.* junct. *l.* 1. §. *ff. h. t.* Testamenti longe alia ratio est: nam si in eo institutus esset filius emancipatus, tum & partem suam, ex qua heres scriptus erat, consequebatur. & de suo nihil conferebat: quoniam directo ex judicio patris succedebat: si vero præteritus esset, hic contra tabulas bonorum possessionem petens, quod ipsi relictum erat, præcipuum habere non poterat, cum testamentum & judicium patris everteret *l.* 5. §. 2. *ff. de legat. præstand.* add. Ant. Fab. *dec.* 40. *err.* 4.

6. Hæc quæstio adhuc locum habere potest, sicubi locorum observetur, ut collatio tantum fiat in causa successionis ab intestato: alias supervacua est, cum jure communi ex constitutione Novella Justiniani etiam ex Testamento conferri oporteat, & omni casu, quo collationem ab intestato fieri necesse erat: nisi collatio expressim prohibita aut remissa sit. *Novell.* 18. *cap.* 6. unde *aut. ex testamento*, *C. h. t.* & ibi DD. vulg.

CAPUT X.

De bonis collationi obnoxiis, & contra.

SUMMARIUM.

1. 2. 3. 4. *His numeris continetur brevis quædam repetitio eorum, quæ supra disputata, præsertim cap.* 2.
6. *Distinctio peculii filiorumfam.*
7. *Hanc distinctionem in argumento de collatione etiam in emancipatis usum habere, & id quoque profectitium censeri, quod a matre obvenit.*
8. *Appellatio superioris distinctionis ad collationem.*
9. *Bona castrensia collationis immunia.*
10. *Item quasi castrensia.*
11. *Quid juris de libris filio litteris operam danti a patre suppeditatis?*
12. *Quid de datis filio jam gradum adepto?*

1. HÆC quarta principalis quæstio est, cæteris prolixior & subtilior. Ex iis, quæ supra disputavimus, intelligi potest, liberos emancipatos cum suis concurrentes omnia bona, quæ si in potestate mansissent, patri acquisituri fuerant, juxta edictum generale conferre debuisse. Itaque sola castrensia & quasi castrensia fratribus conferre, *l.* 1. §. *nec castrense*, 15. *ff. hoc tit.*

2. Post rescriptum Divi Pii sui heredes inter se aut cum emancipatis concurrentes dotem conferebant: sed dotem duntaxat; nam donatio propter nuptias adhuc erat incognita, & cætera bona vel profectitia vel adventitia in hereditate patris manebant, inter heredes dividenda.

3. Postea donatione ante seu propter nuptias introducta, placuit ut hanc etiam liberi conferrent, si modo profecta esset ab eo parente,

de cujus hereditate dividenda ageretur: quod suasit ratio æqualitatis, *l. ut liberis*, 17. *Cod. hoc titul.*

4. Adhuc præter profectitia etiam pleraque adventitia parenti, ejus in potestate erant, liberi pleno jure acquirebant, sola materna & materni generis excipiebantur. Itaque verisimile est emancipatos in hujus generis bonis tantum ab onere collationis exemptos fuisse: quoniam etsi in potestate mansissent, horum proprietatem non patri, sed sibi acquisivissent: ob hanc enim rationem duntaxat castrensia & quasi castrensia non conferebantur.

5. Postquam autem adventiorum omnium proprietas liberis in potestate constitutis concessa fuit a Justiniano, recte eidem Imperatori visum est ne quicquam conferretur præter profectitia, id est, ea, quæ ex bonis parentis, de cujus successione quæritur, profecta sunt, *lib. ult. C. hoc tit.*

Sed antequam speciatim definiamus, quæ res conferendæ sint, aut non conferendæ, utile erit genera bonorum, quæ liberi habent, sive potestate sint, sive non sint, accurate distinguere.

6. Quicquid filiifam. habent, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliunde quæsitum, id uno nomine peculium appellatur. Hujus autem peculii quatuor sunt genera 1. castrense, quod per occasionem armatæ militiæ filiosfam. quæsitum est, 2. quasi castrense, quod in toga reipub. operam navans paravit, 3. profectitium, quod a patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur, 4. adventitium, quod aliunde obvenit, *l. ult. C. de inoff. test.* §. 1. *Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Primum & secundum genus bonorum pleno jure est ipsorum filiorumfam. tertium pleno jure patris: quarti ususfructus ad patrem pertinet, ad filium proprietas, *d.* §. 1.

7. In eos autem, qui sunt sui juris, etsi hæc distinctio & nomen peculii non cadit, *d. l. ult. C. de inoff. test. l. paterfam.* 182. *de verbor. signif.* attamen in argumento de collatione bonorum, cum quærimus, cujus conditionis bona conferri oporteat, etiam distinctione illa uti licebit, & abuti nomine peculii in emancipatis aut alias sui juris factis, *l.* 1. §. *nec castrense*, 15. *ff. hoc tit.* Sed & quicquid provenit ex bonis ejus parentis, de cujus successione agitur, etiamsi mater aut avia sit, pro profectitio, quoad effectum conferendi habendum est, *l. ut liberis*, 17. *Cod. eod.*

8. Jam vero juxta hanc distinctionem bonorum sic statuendum est; cujus generi bona filius si sio in potestate Patris, patri non acquirit, sed sibi præcipua habet, ejusdem generis bona emancipatus fratribus conferre non debet: sed uti fratribus sua illa præcipua haberet, ita & emancipati ejusdem generis bona præcipua habere debent. Contra vero cujus generis bona filius, qui in potestate mansit, patri suo acquirit, ejusdem generis bona emancipatus fratribus confert: quoniam cum hujus generis bona in filiosfam. collata, veniant sua sponte in divisionem paternæ hereditatis, & ita communicetur cum emancipatis fratribus, iniquum est ejusdem generis bona emancipatus in divisionem hereditatis non conferre, *l. filiæ*, 12. *Cod. hoc titul.*

9. Igitur ut dicere cœperamus, non conferuntur bona castrensia, *l. ult. C. h. t.* & jam olim hæc fratribus suis non conferebant emancipati, *l.* 1. §. *nec castrense*, 15. *ff. eod. l.* 12. *C. eod.* nempe quia & si fratres, qui in potestate mansuerunt, ejusdem generis bona acquisivissent, ea in divisionem hereditatis paternæ non veniebant, sed præcipua sibi habebant, utpote patri nunquam quæsita, sed illis pleno jure tributa tanquam patribusfam. §. 1. *Inst. per quas pers. cuiq. acq.* Proinde nec si quæ res mobiles a patres, aut a matre, aliisve propinquis aut amicis filio in militiam eunti donatæ sint, puta equi, arma &c. conferuntur, quia castrensi peculio cedunt, *l.* 4. *C. fam. ercisc. l.* 1. *Cod. de Castr. pecul. l.* 12. Sed & ex alio quoque capite, quæ ita donata sunt a propinquis, aut amicis, non conferuntur, quia non conferuntur adventitia.

10. Eadem ratio est & bonorum quasi castrensium, *d. l.* 1. §. *nec castrense*, 15. *ff. h. t.* Itaque si quid filii in alicujus dignitatis aut administrationis gradu positi, si causas in foro orantes, si liberales artes publice profitentes &c. acquisierint, id in collationem non venit.

11. Quæsitum est, an idem dicendum sit de libris a patre filio literis operam navanti emptis & traditis, ut & ipsi tanquam quasi castrense peculium non conferantur. Hanc quæstionem prolixe tractat Gilhen *ad auth. ex testamento, n.* 29. *& multis seqq. C. h. t.* Sed nihil opus est tam operosa disputatione. Nam si illa librorum datio aut suppeditatio a patre revocari potest, antequam gradum acceperit filius, quod plerique concedunt cum Barr. *in l.* 1. §. *nec castrense*, 15. *ff. h. t.* Jas. *in l. filiæ*, 12. *C. eod.* Bald. *in l.* 5. *C. ad Sen. Maced.* & recte, *arg. l. sive emancipatis*, 17. *C. de donat. l.* 10. *l. a marito* 18. *C. de don. int. vir. & ux.* libri ita patre comparati & studiorum causa filio traditi, pro quasi castrensi peculio haberi non possunt. Imo nec studiosi, quamdiu in cursu sunt, quasi castrense peculium habent: utique non recensetur in eorum numero, qui habent, *l. ult. C. de inoff. test.* nulliusque momenti est argumentum pro contraria sententia ductum a privilegiis, quæ studiosis concessa in *auth. habita*, *C. ne fil. pro patr.* Quæ enim hæc collectio est, Imperator quædam privilegia doctoribus & studiosis promiscue concessit: ergo conditione eorum exæquavit? Ac proinde si pater prius mortuus fuerit, quam filius cursu studiorum suorum absoluto titulum Doctorum, Li-

Licentiati, aut Magistri meruerit, dici non potest, libros illi subministratos quasi castrensi peculio accensendos & collatione immunes esse: quod & ipsum confirmant Beda Castr. Fulgos. *in l. 1. si donatione*, 13. *C. h. t.* Ant. de Amatis *l. 9. C. eod. n.* 139. & plures alii, quos memorat Gilken. *ubi sup. n.* 42.

Sed neque ex illo capite, quo donatio simplex non confertur, libros filio bonis artibus operam danti a patre datos a collatione eximere possumus: quoniam ut recte Bald. *in d. l. 5. C. ad Sen. Mac.* pater filio scholari emens libros, eos donare minime censendus est: *& l. 1. C. de Castr. pec.* accipienda de iis, quæ filio donata sunt, non quæ simpliciter data aut concessa, add. Sichard. *in d. l. filiæ*, 18. *C. fam. ercisc. n. 3. & 4. & in auth. ex testamento, C. h. t. n.* 20. Plane si pater libros, quos filio comparaverat, eum patiatur retinere etiam postquam titulum Doctoris &c. adeptus est, ex eo tempore peculio quasi castrensi adscribendi videntur, tataque efficitur atque irrevocabilis donatio, *arg. l. Sticho*, 53. *ff. de pecul. l. donationes*, 25. *C. de don. int. vir. & ux.*

12. Sane enim si filio jam titulum Doctoris adepto, atque in foro versanti libros aliquos pater dedisset, eos peculii quasi castrensis jure censeri oportere crediderim. Alber. de Rosat. *in l. 13. C. h. t. n. 7.* Bart. *in l. 1. §. nec castrense, n. 2. ff. eod.* late Salic. *in l. filiæ*, 18. *C. fam. erc. n.* 14. & 15. Sichard. *in d. auth. ex testamento, n.* 20. Vasq. *lib. 2. de success. resol. §. 19. n. 30. & seqq.* Schneid. *in §. quædam, Inst. de act. ubi de actione fam. erc. n.* 48. Perez. *C. h. t. n.* 12. Gilken. *ubi sup. n.* 35. & ibi citati.

CAPUT XI.

De collatione adventitiorum.

SUMMARIUM.

1. *Adventitia jure novissimo non conferuntur.*
2. *Nec emancipatis horum conferendorum onus incumbit.*
3. *An fructus adventitiorum ab emancipatis conferendi.*
4. *An si percepti a filiofam.*

1. SECUNDUM distinctionem bonorum capite præcedenti positam, nec adventitia hodie in collationem veniunt. Nam postquam constitutionibus Imperatorum recentiorum & maxime Justiniani effectum est, ut, nec peculium adventitium acquiratur patri, quod ad proprietatem attinet, recte visum est Justiniano & superioribus convenienter, ut bona quoque adventitia collationi eximerentur: propter eandem videlicet rationem, ob quam placuit, ne castrensia aut quasi castrensia conferrentur, *l. ult. C. hoc tit.*

Vinn. Tract. Varii.

2. Et igitur nec emancipati jam necesse habent conferre, quæ ipsis aliunde quam a patre obvenerunt, ut recte statuunt DD. comm. *in & per d. l. ult. C. hoc tit.* Etenim correcta ratione legis, & ipsa lex correcta intelligitur. Cum ergo Justinianus in *d. l. ult.* ad exemplum castrensis peculii hoc se sancire testetur, ne ea quæ parentibus non acquiruntur, collationi post mortem parentum subjaceant, etiam hoc sancire simul intelligitur, ne emancipati ea, quæ si in potestate mansissent, patri non acquisivissent, conferre necesse habeant, quippe cum ob hanc unam causam emancipati olim castrensia conferre non tenerentur: quoniam etsi in potestate mansissent, nihil tamen juris in his patri acquisitum fuisset. Dissentit tamen Nemausf. *c. 2. n.* 20. post Odofr. *in d. l. ult.* & Jac. de Ravenn. relatum ab Alex. & Jas. Sed horum argumenta nullo negotio convelli poterunt, dummodo nostra bene expendantur. Nam quod ajunt certo jure constitutum esse, ut emancipati una cum suis heredibus ad hereditatem paternam adspirantes omnia bona sua in medium conferant, *l. 1. pr. ff. hoc tit. l. 6. C. eod.* nullamque legem aut constitutionem proferri posse, qua hæc illis necessitas remittatur, hoc ex eo refellitur, quod Justinianus in *d. l. ult.* quæ edicta est Lampadio & Oreste Coss. necessitatem collationis attemperavit rerum acquisitioni; & bona adventitia in causa collationis ejusdem juris esse voluit, cujus jam antea erant castrensia; quæ constat nunquam in collationem venisse.

3. De fructibus tamen adventitiorum adhuc quæsitum est, an non hos saltem emancipati conferre teneantur, quoniam si in potestate mansissent, eorum commodum patri quæsitum fuisset. Quod omnino affirmandum videtur, sive novi juris rationem spectes, æqualitatem videlicet; sive veteris, quia quantum ad fructus, hodieque liberis in potestate retentis affertur incommodum, cum illi fructus acquirant patri. Idque pro certo post Cyn. Bart. Cast. Fulgos. tradit Jas. *in d. l. ult. col.* 2. Nec obstat, quod objicit Nemausf. *q.* 8. quod filius emancipatus, statim pleno jure hosce fructus sibi acquirat: sufficit enim ad onus collationis, quod patri acquisiti fuissent, si mansisset in potestate. Cogitandum tamen an non officio arbitri familiæ erciscundæ collatio ista moderanda sit propter alimenta, quæ filio in se potestate pater præstitit: cum emancipatus in ipse exhibere debeat, per ea, quæ supra *c. 5. in fin.*

4. Ex contrario quoque fructus bonorum adventitiorum a filiofam. percepti conferendi sunt; quoniam adventitia, quatenus eorum possessio & usus conceditur filio, naturam quodammodo induunt profectitiorum, quorum proinde fructus præcipuos sibi retinere filius non potest. Imo vero adventitiorum fructus omnes jure profectitiorum censendi, quia ad patrem pertinent. Accedit & ratio æqualitatis, quoniam ut jam

 dictum

dictum est, emancipati eorumdem bonorum fructus conferre tenentur. Plane si sine dolo malo consumpti fuerint, cessabit collatio *per l.* 1. §. *confertur*, 23. *l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.* Nemaus. q. 8. Rimin. *ad l.* 9. *C. hoc tit. n.* 358. *Jas. in l. ult. C. eod. col.* 2. Quod si pater ipse usumfructum retinere noluerit, aut filio simpliciter donaverit, ut in specie *l.* 6. §. 1. *vers. sin autem*, *C. de bon. quæ lib.* cessabit collatio. Gomes. *ad l.* 29. *Tauri num.* 28. & DD. ibid. recensiti, hæc quæstio autem supervacua est, ubi plena adventitiorum proprietas ipsis filiistam. acquiritur, ut passim in Belgio & Gallia. Gudelin. *lib.* 1. *de jure novell.* 24. Grot. 1. *manud.* 6. Chassan. *in consuet. Burg.* §. 2. *tit. des enfans de plusieurs lits*.

CAPUT XII.

De collatione dotis & donationis propter nuptias.

SUMMARIUM.

1. *Dos & donatio propter nuptias quando quibus conferatur.*
2. *Quibus nepotes & neptes, cum patruis aut avunculis concurrentes, dotem aut donationem propter nuptias sibi datam conferant.*
3. *An & quam dotem & quibus filiæfam. aut filiæ emancipatæ conferant.*
4. *Quid jure veteri isto casu obtinuerit, & nu.* 5. & 6.
7. *Quid si dos non data, sed tantum promissa fuerit.*
8. *Filius non tenetur conferre dotem uxoris suæ.*
9. *Nec dotem, quam filiæ suæ dedit, nisi ad eum reversa sit.*
10. *Quid si hæreditas divisa non interveniente collatione.*
11. *Quid juris si constante matrimonio de dote conferenda agatur.*
12. *Sententia auth. quod locum C. hoc tit.*
13. *An dispositio d. auth. hodie observetur.*

IGITUR cum neque bona castrensia aut quasi castrensia, neque adventitia subjecta sint collationi, ut jam demonstratum est, si qua sunt legi collationis obnoxia, ea erunt sola bona profectitia, quod & verum est. Profectitia autem in hoc argumento appellamus omnia, quæ profecta sunt ab eo parente, de cujus successione agitur; etiamsi a matre, avo materno, aut avia vel paterna vel materna. Neque tamen omnia hæc in collationem veniunt, quamvis testamento aut codicillis non sit remissa collatio: cæterum pleraque.

1. Primum conferenda est dos, quam filia, & donatio propter nuptias, quam filius a parente, de cujus hereditate agitur, accepit, *l. ut liberis*, 17. *C. hoc tit. Nov.* 18. *c.* 6. Ajo, *de cujus hereditate agitur*: nam si verbi causa agatur de successione avi aut aviæ, neptis non cogetur patruis aut avunculis suis, conferre dotem quam accepit a matre: quia non est profecta ex bonis ejus parentis, cui nunc succeditur; quod *d. l.* 17. requirit. Bart. *in l. illam*, 19. *C. hoc tit. n.* 7. Cyn. *ibid. n.* 2. & post hos Castrens. *num.* 4. Fulgos. *num.* 3. Roman. *num.* 10. Corn. *num.* 24. eademque est ratio donationis ante nuptias.

Quod autem dotis aut donationis propter nuptias titulo mater ipsa aut pater accepit a matre aut patre suo, id nepotes & neptes, avo aut aviæ succedere cupientes, patruis suis & avunculis conferre, ut patrem & matrem suam repræsentantes, debent, *l. illam*, 19. *C. hoc t.* & ibi comm. DD. Gomes. *ad l. Tauri*, 20. *num.* 7. Et quidem collatio hæc a nepotibus fieri debet, quamvis a successione parentis, qui dotem aut donationem propter nuptias accepit, abstinuerint, dummodo adspirent ad successionem avi vel aviæ, unde dos aut donatio propter nuptias profecta. Ita consulit Mol. *consil.* 25. respondit Charond. 3. *respons.* 8. & non semel judicavit Curia Parisiensis, testibus Chopin. *lib.* 3. *de priv. rustic. cap.* 9. Papon. *lib.* 21. *tit.* 7. *arrest. ult.* Charond. *lib.* 3. *respons.* 55.

2. Quid si avus vel avia, de quorum successione quæstio est, dotem dederint vel donationem propter nuptias, non matri aut patri, sed ipsis neptibus aut nepotibus? Ponamus Titiam decessisse filio & filia, & ex alia filia præmortua nepote, & nepte a se dotata, relictis. In hac specie neptem non avunculo & matertetæ, sed nepoti eidemque fratri suo dotem conferre oportere, responderunt Fulgos. Roman. Salic. Angel. *in d. l. illam*, *Cod. hoc tit. arg. L.* 1. §. *sit nepos*, 2. *ff. de dot. collat.* Atqui isto in loco agitur de collatione dotis facienda a nepte filiafamil. & de collatione bonorum omnium facienda a nepte emancipata, ex ratione juris veteris & rescripto Divi Pii, quod ad neptes ratione lineæ maternæ non pertinet: nisi dicamus nunc etiam pertinere ex constitutione Leonis in *l. ut liberis*, 17. *Cod. hoc tit.* & Justiniani in *d. l. illam*, *Cod. eodem*. Sed magis est, ut totum illud jus hisce constitutionibus mutatum videri debeat. Nam cum in facto proponatur dotem ab avia, cujus de hereditate agitur, profectam esse, atque in causa dotis & donationis propter nuptias, si illa profecta sit ab his personis, de quarum familia erciscunda agitur, sola humanitatis & æqualitatis contemplatione collatio injungitur *dd. ll.* mallem respondere, etiam patruis & avunculis in specie proposita conferendum esse, cum Castr. Corn. Alex. *Dec. in dict. l. illam*, Purpur. *ibid. n.* 3. ubi hanc opinionem communem esse ait. Sane si neptis, quæ dotem accepit, sit sola, non etiam nepos ex eodem, tunc etiam

patruo

patruo conferendum esse, *d. l. 1. §. 3. de dot. coll.* & novo jure etiam avunculis & materteris, *d. l. illam, C. hoc tit.* extra controversiam est. Idemque est in causa donationis propter nuptias factæ nepoti. Nimirum cum dos & donatio propter nuptias non ex liberalitate simplici, sed magis ex officio parentum, quo facilius matrimonio liberi funguntur, proficiscatur: atque hæc affectio sit omnium parentum erga omnes liberos, ratio novi juris, seu æqualitatis contemplatio etiam hic suadet collationem: fuse & subtiliter de superiore quæstione in utramque partem disputat Ant. de Amatis *ad l. 9. C. h. t. n. 153. & seq.*

3. Quoniam autem hodie liberi sine distinctione dotem tantum profectitiam, id est, ut nunc interpretamur, eam, quæ profecta est ab eo parente, de cujus hereditate agitur, conferre constat, supervacua nunc est disputatio interpretum *l. 4. C. h. t.* quærentium, an & quam dotem filiæfamil. conferant suis, an & quam emancipatis, an & quam emancipatæ suis, & denique an & quam emancipatæ emancipatis. Dicam tamen obiter, quid meo utique judicio hic olim obtinuerit, quo antiqui juris ratio utcumque intelligatur.

4. Certum est filiam cum fratribus suis patri ab intestato succedentem, dotem, quam acceperat, vel promissam habebat, conferre debuisse, *l. 1. & passim ff. de dot. coll. l. 2. l. 4. C. hoc tit.* Non solum autem filia dotem conferre debebat, si emancipata erat, sed etiam si esset in sacris patris, id est, in potestate patris morientis, *l. filiæ, 12. C. h. t. d. l. 1. pr. ff. de dot. collat.*

5. Emancipatam constat etiam dotem fratribus, qui in potestate manserant, contulisse, quoniam hæc omnia bona iis conferre tenebatur, *l. 1. ff. h. t. l. si emancipati, 9. C. eodem.* Emancipatis autem fratribus sicut cætera bona conferre non cogebatur, ita nec dotem, & generaliter inter emancipatos cessabat collatio, *d. l. 9. C. hoc tit.*

6. Filiafamil. & ipsa dotem conferre tenebatur iis fratribus, qui in potestate patris & eadem familia manserant, *l. 3. in fin. l. 4. l. filiæ, 12. C. eod.* Quin & fratribus emancipatis, *d. l. 4.* Nec obstat, quod in *d. l. 3. & d. l. 12.* nominatim adjicitur eam conferre debere fratribus, *qui in potestate manserunt in eadem familia constituti.* Nam non ideo hoc adjicitur, quod emancipatis dos nullo modo conferatur, sed quia filiafam. fratribus in potestate manentibus omnem dotem etiam adventitiam conferre debuit; emancipatis autem non omnem, sed solam profectitiam, *d. l. 4.* quo loco non de filia emancipata, sed de filiafamil. agitur, quæ dotem vel a patre vel aliunde accepit, & illa verba *dict. l. 4. profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam*, quæ alias nullum idoneum sensum habent, sic accipienda sunt, ac si scriptum esset, *a patre datam, vel alias aut ab aliis constitutam*, ut utraque dos, cujus & mentio fit, his verbis comprehensa intelligatur. Ita ferme & Don. *ad l. 2. C. hoc tit. in opusc. posthum.* nisi quod verba *d. l. 4.* modo relata, alio sensu donat. Cujac. 3. *observ.* 30.

7. Etiam illam dotem filia conferre debet, quæ illi data non est, sed tantum promissa, *l. 1. §. 1. de dot. collat.* Sed quoniam promissam dotem filia non habet, neque per se, quia ei data non est, neque per maritum, quia marito numerata non fuit: idcirco non plus nomine dotis conferre debet, quam accepit. Nacta autem est actionem ejus dotis petendæ: atque hanc actionem fratribus suis ita conferret, ut eos pro parte ea obligatione liberet: ut si verbi gratia pater filiæ dotem promiserit, & decesserit relictis tribus liberis, duobus masculis & filia, hi succedentes ex æquis partibus, succedunt quoque in hanc obligationem pro portionibus hereditariis, *l. 2. C. de her. act.* Proinde filia fratres suos pro tertia parte singulos ea obligatione liberabit. Idemque probandum est in donatione propter nuptias promissa tantum, non data.

8. Filius autem non tenetur conferre dotem uxoris suæ: nam etsi dos in bonis sit mariti, quamdiu constat matrimonium, mulieris tamen manere nihilominus intelligitur, ejusque in proprium adhuc patrimonium esse, propterea quod soluto matrimonio ad eam reversura est, *l. quamvis, 75. ff. de jur. dot. l. 3. §. ergo, 5. ff. de minor.* Imo etsi maritus morte mulieris dotem lucratus sit, nihilominus eam præcipuam habere debet propter onera matrimonii, quæ sustinuit, *l. 1. emancipatus, 20. l. 3. §. quare, 4. ff. hoc tit.*

9. Sed nec filius emancipatus conferre debet dotem, quam filiæ suæ dedit, quoniam ex bonis ejus abiit, *l. 4. eod. l. 1. §. ult. ff. de dot. collat.* Atque hoc quidem ita obtinet manente matrimonio, *l. pater, 71. ff. de evict.* Quid vero si solutum fuerit matrimonium & dos ad patrem reversa? Assentior Accursio in *l. dotem, 6. ff. hoc tit.* pronuntianti patrem debere dotem ad se reversam fratribus suis conferre: quod & Cujacius probat in *l. 4. ff. eod. tractat. 4. ad African.*

10. Hoc autem jure nunc posito, dotem & donationem propter nuptias a quibuscunque parentibus, de quorum successione disceptatur, profectam, conferendam esse, consequens omnino est, si filia, quæ dotem, aut filius, qui donationem propter nuptias accepit, cum fratribus suis hereditatem diviserint, & dolo consecuti sint, ne dotem aut donationem propter nuptias fratribus conferrent, cogendos esse postea, fratribus suis restituere id, quod amplius habent, quam habituri fuissent, si dotem aut donationem propter nuptias contulis-

 sent,

sent, *l. si soror*, 8. *C. hoc tit.* & quidem officio judicis, ut post Glossam Cyn. Bart. Fulgos. Castr. & DD. comm. *in d. l.* 8. aut ut ego arbitror, condictione indebiti, *arg. l. cum putarem*, 36. *in fin. ff. fam. erc.* Quod si is, qui collationem desiderat, sit in possessione rerum hereditariarum, poterit idem consequi opposita doli mali exceptione, *arg. l. pater*, 8. *ff. de dot. collat.*

11. Quid autem dicendum, si adhuc maritus filiæ vivat, & constet matrimonium, an etiam hoc casu dotem conferre debebit? Movet quæstionem, quod dos constante matrimonio est penes maritum, non penes filiam: videtur autem admodum iniquum cogi filiam, ut eam dotem conferat, quam ipsa non habet: aut si cogenda est conferre, videtur saltem hoc illi concedi debere, ut quam conferre debet, dotem a marito exigat: Et quidem filia constante matrimonio non potest dotem a marito petere, quæ jure communi demum soluto matrimonio exigi potest, *l. 2. ff. solut. matrim. C. l. 5. h. tit.* Sed nec propter rem, quæ inter alios agitur, marito injuria fieri debet. Nihilominus tamen dotem non exactam a marito conferre debet, ut scilicet eo minus in partem delatæ sibi successionis paternæ auferat, *d. l. 5.* Neque hoc iniquum est a filia exigi, quasi ea dotem non habeat. Etsi enim constante matrimonio dos penes maritum est, & ita penes maritum, ut non possessor tantum, verum etiam dominus dotis jure civili habeatur: natura tamen & revera in bonis mulieris manet; quia ad emolumentum mulieris pertinet, quicquid inde maritus percipit: percipit enim propter onera matrimonii, quæ propter emolumentum & causam uxoris sustinentur, *l. quamvis*, 75. *ff. de jur. dot.*

12. Sed convenientissimum temperamentum additum est in *auth. quod locum. C. h. t.* cujus hæc sententia est, ut filia constante matrimonio dotem etiam non exactam a marito conferre debeat, si aut maritus solvendo sit, aut siquidem non sit solvendo, sed culpa mulieris factum sit, quominus dotem ab eo in tempore exigeret, cum sciret eum labi facultatibus. Culpa autem in ea est, si potuit dotem exigere, & non exegit: potuit vero his rationibus, primum si fuit sui juris, deinde si fuit quidem in potestate patris, sed aut dos fuit adventitia, aut profectitia quidem, sed pater non obstitit, quominus exigeret; aut denique si dos magna fuit, cujus exigendæ etiam repugnante patre illi potestas sit *d. auth. quod locum*, ubi hoc etiam notant DD. comm. Perez. *ad C. h. t. n.* 15. optime Harmenop. *lib. 5. περὶ συνεισφορ.*

13. Alciatus *lib. 4. parerg. c. 9.* tradit *d. auth. quod locum*, usu non observari, sed dotem conferendam esse, etiamsi culpa mariti perdita sit: quod etiam testatur Molin. *in addit. ad Dec. l. 6. C. h. t.* Sed id forte moribus Galliæ: nam alibi passim servari juris communis dispositionem arguunt scripta interpretum in *d. auth.* & testatur Christin. *vol. 1. dec. 178. n. 14. & vol. 5. dec. 198. n. 11. & 12.* atque secundum eam judicavit Curia Neapolitana teste Afflict. *dec. 247.* ubi etiam Cæs. Ursill. *in annot.* Moribus tamen nostræ quoque Bataviæ dispositio *d. auth.* non observatur; & Curia etiam Mechliniensis censuit eam de consuetudine non servari. Christin. *ubi supra.*

Porro autem collatio dotis & donationis propter nuptias fit simpliciter sine usuris aut fructibus. Detrahuntur etiam impensæ necessariæ *l. 1. §. cum dos, 5. ff. de dot. collat.* sed de eo fusius infra *c.* 16.

CAPUT VIII.

De collatione sumptuum præter dotem & donationem propter nuptias.

SUMMARIUM.

1. *Impensæ præter dotem &c. in elocanda filia factæ, si statim pereant, non conferuntur; secus, si durent & liberis salvæ maneant, & n. 4.*
2. *Eadem distinctio adhibenda in sumptibus a patre factis studiorum filio gratia.*
3. *Quando patre mortuo sumptus continuandis studiis necessarii ad commune onus pertineant.*
5. *Toties collationi, quæ alias cessaret, locum esse, quoties citra eam nimia oriretur inæqualitas.*
6. *Fori nostri circa hæc praxis.*
7. *Quid si filius pecuniam sibi studiorum causa missam dissipaverit.*
8. *Considerationes auctoris circa eandem quæstionem.*
9. *In collationem non venit, quod pater pro redimendo ab hostibus filio, solvit.*
10. *An & quod solvit pro filii delicto.*
11. *Quæ liberis data ad familiam sustentandam, negotiationem &c. exercendam, certo jure conferuntur.*
12. *An conferenda donatio uni ex liberis ob singulare meritum facta.*
13. *Datum matrimonii nobilioris personæ conciliandi gratia non recte eximitur collationi.*
14. *Sumptus pro filio facti dignitatis alicujus adipiscendæ causa non conferuntur.*
15. *Nec facti in promotione filii ad gradum aliquem.*
16. *Militiæ verbo quid passim apud nostros significetur, & n. 19.*
17. *Sententia* l. pen. pr. C. hoc tit. *ubi de collatione emolumenti ex militia empta ab uno percepti.*
18. *Nullæ sunt militiæ ex casu contra Taurellum.*

20. Suf-

10. *Sufficit ad collationis necessitatem, quod acceptum est, aut vendi posse, aut ad heredes transmitti.*

QUÆSITUM est de reliquis sumptibus, quos præter & donationem propter nuptias liberorum causa parentes facere solent, & primum quidem de impensis aliis præter dotem in elocanda filia fieri consuetis.

1. Distinguendum videtur, an hæ impensæ statim consumantur & liberis pereant, veluti quæ fiunt in festivitatem convivii nuptialis &c. an vero utilitas earum perduret, & liberis salvæ maneant; cujus generis sunt, annuli, gemmæ, monilia &c. ad ornatum filiabus data; ut quæ illius generis sunt, collationem effugiant, quæ hujus, non item: quoniam dici non potest eas cadere in simplicem donationem, cum sint appendices dotis, *l. 8. C. de jur. dot.* & alias magna induceretur inæqualitas contra sententiam & humanitatem recentiorum constitutionum. Sumptus autem facti in convivium nuptiale licet & ipsi nuptiarum causa facti videantur, ad honorem tamen parentum, qui eos fecerunt, spectant; qui proinde eo animo tales sumptus, qui & statim pereunt, fecisse intelligi non debent, ut eorum collatione liberos onerarent, facit *arg. in l. id vestimentum, 25. ff. de pecul.* Bart. *in l. 1. §. nec castrense, l. 5. ff. hoc tit. n. 9.* Gomes. *ad legem Tauri, 19. n. 15.* Gail. *2. obs. 91. n. 5.* communem asserens Tulden. *in C. hoc tit. n. 10.* Perez. *n. 15.* & eadem quoque in effectu est sententia Gudelini *lib. 2. c. ult.* Sichardi *ad l. filiæ, 18. n. 2. C. fam. erc.* Ant. de Amatis *ad l. 9. C. hoc tit. n. 366.* Schneid. *in §. quædam actiones, Inst. de act. n. 47. ubi de act. fam. erc.*

2. Similiter quæsitum est de sumptibus, quos pater suppeditavit filio studiorum gratia peregre agenti, an & illi conferre debeant. Et eadem hic videtur in re dubia adhibenda distinctio, quæ supra, ut scilicet, si quid pater erogarit in viatica, in victum & cultum filii, in mercedes & honoraria præceptorum, quorum opera filius usus est, sed in collationem non veniat: quoniam hi sumptus pereunt, & jure quodam alimentorum censeri debent, *l. quæ pater, 50. fam. ercisc.* Atque idcirco etiam æs alienum hoc nomine a patre contractum, patre mortuo commune omnium heredum onus erit, *arg. l. 5. C. ad senat. Maced.*

3. Quinimo & si patre mortuo fratres in communione bonorum paternorum manserint, sumptus cœptis studiis continuandis necessarios societati imputandos, quasi universorum bonorum contracta tacite societate, quidam responderunt, *arg. l. si societatem, 73. §. 1. ff. pro soc.* quod quidem admiserim, si fratres consortes post mortem patris bonis indivisis, non paternis tantum, sed etiam cæteris in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis aliquamdiu vixerint, nec a se invicem rationes unquam exegerint. At si tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minime contracta videbitur; nec tunc hujusmodi impensæ ad commune omnium onus pertinebunt, cum nec lucrum omne commune fit, *per l. cum duobus, 52. §. Papinianus 6. pro soc. l. ex parte, 39. §. 3. fam. erc. l. 4. C. comm. utr. jud.* Schneid. *upi sup. n. 56.* Ant. Fab. *C. suo, pro soc. defin. 3.* Tulden. *comm. ad Inst. eod. cap. 1.*

4. Contrarii autem generis sumptus veluti libri, instrumenta mathematica, tabulæ & sphæræ geographicæ, aut similia, quæ pater filio ad promovenda ejus studia comparavit, quoniam horum sumptuum utilitas perpetua est, legem collationis non effugient, ne alias nimis magna oriatur inæqualitas, quam leges adversantur: ac proinde in dubio pater videri non debet voluisse hæc filium habere præcipua *per Nov. 18. cap. 6.*

5. Quin etiam ad evitandam istiusmodi inæqualitatem, ubi alii quoque studiorum sumptus æquo ampliores sunt pro modo facultatum patris, collationi locum esse ex præsumpta patris voluntate censet Tulden. *ad. Cod. hoc tit. num. 11.*

6. Adeoque pro generali axiomate a DD. traditur, toties collationi, quæ alias cessaret, locum esse, quoties citra collationem nimia orietur inter liberos inæqualitas *arg. l. pen. in fin. C. hoc tit.* Alexand. *in l. si donatione, 93. n. 22, C. eod. Dec. num. 42.* post Bald. & alios. Horat. Luc. *de privil. scholar. priv. 27. n. 10.* ubi & plures laudat: quando autem talis inæqualitas emersura sit, id judicis arbitrio committendum esse existimat cum Gurt. Jun. *in l. filiæ, 12. circa fin. C. eod. per l. quæsitum, 12. §. idem respondit, 43. vers. sed & ipse Papinianus, ff. de instruct. vel instrum. leg. l. filiæ, 43. de legat. 3. l. 2. §. 2. ff. hoc tit.* Semper tamen necessaria alimenta, quibus filius indiguisset domi retentus, eximenda collationi, quia hactenus nihil amplius impensum in eum, quam in alios, *arg. l. alimenta, 1. C. de neg. gest.* Perez. *C. hoc tit. n. 12.* Hæc autem omnia ita, nisi de contraria voluntate patris appareat; & multum in hac etiam re apud Practicos valet arbitrium judicis. VVesemb. *cons. 80. n. 14. p. 2.*

7. Ex usu autem fori nostri, ut accepi, certa etiam horum sumptuum collatio est, nisi pater testamento aut alia testatione voluntatis suæ aliter se vere declaraverit propter *art. 10. Ord. Politic.* ibi, *ofte diergelijke*, quamquam ex illis verbis hoc minime sequitur, & forte melius est, ut adhibeatur distinctio superior.

8. Quid si filius pecuniam studiorum causa sibi missam a patre in luxu aut alea dissipavit? Puto conferendam esse: quia non sunt impensæ studiorum, quæ ea non juverunt, sed impediverunt, & utique etiam patris voluntas, qui aliam

aliam ob causam misit, refragari videtur: cui etsi forte objici posuit, quod in mores filii minus diligenter, quam oportebat, inquisierit, hoc tamen neque filio prodesse debet, nec aliis nocere, *arg. l. auxilium, 37. in fin. de minor.* Accedit, quod ex pecunia ita profligata nec decus, nec præsidium ullum vel respub. vel cohæredes expectant, atque ita deficiat causa favoris & privilegii, ita recte meo judicio Greg. Tolos. 46. *synt. 8. num. 7,* Tulden. *ubi supra num. 12.* post Nemaus. *quæst. 18.* & DD. ibid. citatos.

9. Porro collationi non subjicitur lytron, quod pro redimendo ab hostibus filio pater solvit: nam justa tristissimi casus miseratio præsumptionem inducit, pietatis ratione & animo non repetendi id esse præstitum, *arg. l. liber captus, 17. C. de postlim. rev. fact. arg. in l. 1. C. de neg. gest.* Gomes. *ad leg. in Tauri, 29. num. 19.* Tulden. *ubi supra num. 12.* Perez. *ad C. hoc tit. num. 52.*

10. Nec id quidem collationi subjici, quod pro filii delicto pater exsolvit, vult Gomes. *ad l. Tauri, 29. num. 20.* quasi & illud pietatis causa patrem fecisse interpretari debeamus, quod vix est, ut probare possim. Nam odium delicti nec præsumptionem pietatis admittit, ut magis ex necessitate, in qua nemo liberalis est, id a patre factum intelligi debeat, nec interpretationem honoris, quasi donare filio voluerit, idque eum præcipuum habere. Perez. & Tulden. *ubi supra*. Gilken. *in auth. quod locum, num. 16. & seqq. C. hoc tit.* Vasq. *de success. resol. lib. 2. §. 19. num. 41. & lib. 3. de succ. creat. §. 30. n. 220. & seqq.*

11. Non est autem dubitandum, quin collationi obnoxia sint & ea, quæ liberis data sunt ad sustentandam familiam, ad negotiationem, aut artificium opificiumve aliquod commodius exercendum: nam talis donatio simplex non est, sed quodammodo necessitate cogente fit, quam ob causam nec revocari potest, dotique & donationi propter nuptias simillima est. De tali autem donatione accipienda sunt verba Leonis in fine *l. ut liberis, 17. C. hoc tit. congruit art. 29. Ordin. Tolet.* & quidem nulla est hac de re controversia.

12. De illo vero quæsitum est, an quod pater uni ex liberis ob bene merita remunerationis gratia dedit, non propter operas obsequiales, quæ remunerationem non merentur, sed puta propter singularis cujusdam pietatis officia, aut quia filius patrem eripuerit e manibus hostium &c. collationi subjici oporteat? Et magis est, ut subjici non debeat: quoniam hoc casu filius, non ut filius, meruisse donationem videtur, sed ut quilibet extraneus. Nemo autem dixerit extraneos collationis munere fungi oportere, *f. c. l. 10. C. h. t.* ibi *extero jure*, id est, jure extraneorum. Præterea quod ita pater ob insignia in se merita filium remunerando donavit, non tam peculio profectitio adscribendum videtur, quam adventitio, tamquam partum præcipua quadam industria atque opera filii, *arg. l. cum oportet, 6. pr. C. de bon. quæ lib.* in verb. *quæ ex liberalitate fortunæ vel laboribus suis ad eum pervenerunt.* Et quid vero? si simplex donatio conferenda non est, quanto minus conferenda erit, cui etiam causam dedit eximium aliquod filii in patrem meritum? consulantur Nemaus. *quæst. 1. n. 3.* Gomes. *ubi supra n. 23. & ad l. Tauri, 29. n. 23.* Chassan. *ad consuet. Burgund. tit. de success. rubr. 7. §. 5. n. 47. & seqq.* Sichard. *in auth. ex testamento, num. 15. C. hoc tit.* Greg. Tholos. *46. syntagm. 8. n. 13.* Ant. Fab. *C. suo hoc tit. defin. 4.* Decher. *2. diss. 6. n. 4.* Gilken. *in l. si donatione, 13. C. hoc tit.* ubi etiam occurrit argumentis quibus Menoch. *lib. 3. præsumpt. 29. n. 11.* in contrarium movetur; nec sunt ea tanti momenti, quin vel ab eo, qui mediocriter duntaxat in hac materia versatus sit, refelli queant.

13. Non recte autem collationi eximunt nonnulli, quod uni liberorum donatum est ad conciliandum alicujus personæ nobilioris matrimonium, sine quo alias id obtineri non potuisset. Nam cum id a conditione dotis aut donationis propter nuptias separari non debeat, utique etiam collationi subjiciendum est, *arg. l. ut liberis, 17. C. hoc tit.* D. Tulden. *ibid. n. 9.* Vall. *conf. 44. & 70. lib. 4.* Recedit ab hac sententia Fachinæus *lib. 5. contr. 81.* cum Cravett. *conf. 85.* Jo. Petr. Surd. *conf. 143.* sed parum considerate meo quidem judicio. Nemo enim mortalium negare ausit, quin hujusmodi donatio quam simillima sit doti & donationi propter nuptias, & tantum non idem, quod illæ. Contendit Fachinæus ideo conferendam non esse, quia non descendit ex necessitate obligationis, sicut dos & donatio propter nuptias. Atqui multa liberis ob aliam causam donari solent citra donandi necessitatem, quæ nihilominus sunt conferenda: qualia sunt, quæ iis dantur, ut negotiationem, aut opificium aliquod commodius exercere queant: sufficit enim ad onus collationis, non simpliciter, sed ob causam donata esse. Quid quod nec dotis datio, nec donatio propter nuptias semper adjunctam habent dandi necessitatem? nam nec pater filiam locupletem aut emancipatam, *per l. 5. §. sed si fil. 7. ff. de agnosc. lib. l. 5. §. Papin. 12. l. si res, 51. ff. de jure dot.* nec mater aut avus maternus liberos dotare coguntur, *l. neque mater, 14. C. eod.* & tamen si pro his dotem dederint, nemo dubitat, quin dos hoc casu conferenda sit. Denique & hæc quoque donatio ex necessitate aliqua proficiscitur, non quidem absoluta & præcisa, sed ea tamen, quam Dialectici appellant necessitatem consequentiæ, Cicero *lib. 2. de invent.* necessitatem cum adjectione.

14. Si quid a patre datum vel promissum sit filio honoris vel dignitatis alicujus adipiscendæ gra-

gratia, id æquum est filium habere præcipuum, nec in collationem venire, scilicet propter onera dignitati cohærentia, quæ ipse filius sustinere cogitur, *l.* 1. §. *sed ad id*, 16. *ff. hoc tit.* ibi Gloss. & Bart. Cujac. *3. obs.* 30. *fac. l. filia*, 20. §. *idem scribit*, 6. *ff. fam. ercisc. l. ex parte*, 39. §. 3. *eod. Lucius*, 21. §. 3. *ad municip.* Græci [illegible]

15. Quo argumento etiam recte defenditur nec sumptus, quos pater fecit in promotione filii ad gradum Doctoratus aut Licentiæ, conferendos esse: quia & hæc dignitas adjunctum onus habet, nec quicquam inde commodi ad successores filio mortuo transmittitur: & præterea annulus, toga, & si quid simile filio datum, id instar est castrensis peculii; de quo uberius supra *c.* 10. Non est contrarium, sed longe diversum, quod Justinianus *l. pen. pr. C. h. t.* etiam ea conferri jubet & in quartam imputari, quæ occasione militiæ, ex pecunia defuncti patris comparatæ, lucratus est is, qui militiam meruit. Nam separanda hic est militia a dignitate.

16. Militia apud Justinianum & passim apud nostros significat functionem quandam ordinarios & certos reditus e publico habentem, ex qua lucrum quæsitum nec castrensis, nec quasi castrensis peculii loco est; cujusmodi functio eorum fuit, qui a memoria, a libellis, ab epistolis erant, & reliquorum officialium sacrorum scriniorum, *l. si quis*, 11. *de proxim. sacr. scrin. lib.* 12. Qui uno verbo appellantur statuti, quia eorum numerus certus statutus erat in unoquoque genere militiæ, ut patet ex *l. unicuique*, 7. & *d. l.* 11. *C. de prox. sacr. scrin.* Atque hujusmodi officia etiam vendi pleraque poterant, mortuoque militante, ex communi scholæ placito, certam summam heredibus ejus aut uxori, pro solatio militiæ amissæ præstabat is, qui subrogabatur; *l. ult. C. de pign. l. omnimodo*, 30. §. 2. *C. de inoff. test. d. l.* 7. & *d. l.* 11. *C. de prox. sacr. scrin.* quod commodum casus militiæ & simpliciter ex casu appellatur, *d. l. ult. C. de pign. Nov.* 53. *c.* 5.

17. Hoc igitur vult Justinianus *d. l. pen. C. h. t.* conferendum esse lucrum, quod ex hujusmodi militia vendibili & propter casum quodammodo transmissibili, uni heredum ex pecuniis defuncti acquisita, tempore mortis defuncti percipi potuit, deductis videlicet impensis, ut bene Alex. & Jas. fac. *d. l. omnimodo*, 30. §. 2. *C. de inoff. test.*

18. Scripsit de militiis ex casu Lælius Taurellus, sed sententia ejus, quod credidit esse aliquas militias ex casu, *arg. d. l. ult. C. de pign.* merito scilicet Cujacio ad *l. Nov.* 53. Nulla enim est militia ex casu; neque de militia in *d. l. ult.* agitur, sed de iis, quæ dantur ex casu sive propter casum militiæ, id est, ex eo, quod militia caduca facta est morte militantis, seu, ut loquitur Anastasius in *d. l.* 11. *C. de prox. sacr. scrin.* ex eo, quod militantis morte militia vacavit: qui casus recte dicitur, quemadmodum deficiente herede aut legatario, hereditates & legata caduca appellamus. Res ipsa loquitur non possideri militiam ex casu, nisi ideo, quia ex casu obtineatur, nempe vel morte alterius, vel emptione. Hoc autem sensu omnes militiæ ex casu dici possunt atque adeo omnia jura rerum nostrarum.

19. Quidam inter quos & Gilken, *in auth. ex testamento C. h. t. n.* 61. putaverunt militiæ nomine significari commoda & salaria, quæ percipiuntur ex publico: sed falso; nam ipsa functio, propter quam commoda illa capiuntur, appellatur militia, ut patet ex *l. Lucius*, 22. *de legat.* 2. *l. his verbis ult. alias pen.* §. *l. creditor*, §. 2. *ff. de act. empt. l. omnimodo*, 30. §. *ult. C. de inoff. test. cum simil.* Sed hæc obiter & tanquam ἐν παρέργῳ.

20. Sufficit autem ad collationis necessitatem, rem, quæ data est, aut vendi posse, aut ad heredes transmitti. Itaque conferendum erit lucrum militiæ, a patre uni ex liberis emptæ, dummodo vendi possit, licet ad heredes non transiret. Et ex contrario conferenda est res a patre empta, modo ad heredem transeat, licet vendi nequeat, quale est feudum; cujus proinde æstimatio conferri debebit, per *text. in l. omnimodo*, 30. §. 2. *C. de inoff. test.* Nemauf. *q.* 28. Costall. *ad l. quæ pater*, 50. *ff. fam. erc.* post Bart. *ad l.* 1. §. *nec castrense*, *n.* 6. *ff. h. t.* Menoch. *cons.* 919. Tul. *in C. h. t. n.* 12.

CAPUT XIV.

De collatione lucri, quod filii industria partum, licet ex re patris; item eorum, quæ relicta per speciem ultimæ voluntatis.

SUMMARIUM.

1. *Lucri industria filii parti, quamvis ex re patris, dimidium communicandum, reliquum assignandum filio.*
2. *Confirmatio hujus sententiæ adversus eos, qui totum conferri volunt.*
3. *Adversus eos, qui totum tribuunt filio.*
4. *Ea sola in collationem veniunt, quæ tempore mortis parentum jam quæsita sunt conferenti.*
5. *Legata, fideicommissa, & mortis causa donationes non subjici collationi.*
6. *Sententia* l. pen. pr. C. h. t.
7. *An legatum filio relictum cum pater morietur, contributioni obnoxium.*

De iis, quæ filius labore suo atque industria lucratus est, non convenit inter juris Interpretes, conferri hæc oporteat, nec ne. Negat simpliciter Nemauf. *q.* 27. & ab eo laudati Imol. & Alexand. cont. Ant. Faber. *dec.* 41. *err.* cum Gloss. *in l. cum opor-*

teat, 6. *pr. C. de bon. quæ lib.* simpliciter affirmat.

1. Bartolus autem in *d. l.* 6. mediam sententiam sequitur, dimidium lucri filio assignans, tanquam adventitium quid, alterum dimidium communicandum relinquens heredibus: cui sententiæ etiam subscribit Gilken. *ad l. pen. n.* 10. & *seqq. C. hoc tit.* post Angel. Roman. Castr. & alios, quos *ibid.* refert & probat; placetque eadem sententia Bachovio *ad Treutl. disput. de collat. thes.* 6. Fachin. 5. *cont.* 83. Vasq. *lib.* 2. *de success. reso'.* §. 19. *n.* 46. Grass. *lib.* 2. *rec. sent. quæst.* 8. Chassan. *ad consuet. Burgund. titul. de success. rubr.* 7. §. 5. *num.* 52. & rationem habet. Etenim consideratio proportionis, quæ esse debet inter pecuniam & operam (utriusque enim ratio habenda est) postulat omnino, ut nec totum filio tribuatur, quod ex pecunia patris lucrum factum est, & pater ipse facere potuisset; nec totum patri, qui nullam operam contulit, *argum. l.* 6. *pr. Cod. de bonis quæ lib.* ubi pro adventitio habetur quod filius suis laboribus acquisivit: quod minus commode restrinxeris ad talem casum, quo nulla pecunia patris intervenit.

2. Quod vero ibidem ait Justinianus profectitium esse, quicquid ex re & substantia patris provenit, id intelligendum omnino est de rebus ipsis, quas pater dedit, vel quæ recte & quasi immediate ex iis proveniunt. Argumentatio autem Fabri a fructuario & proprietario, item a domino & bonæ fidei possessore servi ad patrem & filium non procedit; alioquin etiam quicquid filius ex laboribus suis, licet non interveniente pecunia patris, acquireret, id totum acquireret patri, contra *d. l. cum oportet, C. de bon. quæ lib.* quod & Bald. jam olim in *ead. l.* animadvertit. Denique nec ponimus jus societatis inter patrem & filium, sed ἀναλογίαν, propterea operam & industriam filii, nec intelligimus operam qualem qualem, aut simplex filii factum, veluti si pecuniam patris fœnore locaverit, quod etiam ipse pater verosimiliter facturus fuisset: sed operam certam, & talem, quæ lucrum illud quasi ex se producat & pariat. Sunt qui totam hanc rem judicis arbitrio committendam existimant, ut Bald. *in d. l. cum oportet.* Alex. *in d. l. pen. n.* 10. quæ sententia vi ipsa eadem est cum superiore, add. species, de quibus Joann. à Sande *dec. Frisic.* 2. *titul.* 7. *defin.* 3.

3. Porro prima sententia etiam minus coloris habet: & inepte quidam ita disserunt: Rationis est, ut ejus quoque sit lucrum, cujus est periculum: at si filius, cui pater negotiationis exercendæ gratia peculium dedit, rem patris decoxerit, dolove malo perdiderit, ejus est periculum & conferre tenetur, *l.* 1. §. *pen. l.* 2. §. 2. *ff. hoc tit.* Nam aliud est decoquere, aliud periculum sustinere: & disputamus hic de filio negotiante, non de rem patris per luxum dissipante. Si negotium bona fide susceptum ex voto non successerit, aut si quid sine culpa filii perierit, id detrimentum ad filium pertinere nemo, opinor, dixerit.

4. Ea autem sola in collatione veniunt quæ tempore mortis ejus de cujus successione agitur, jam quæsita sunt conferenti: in post quæsitis ratio collationis tam novo, quam veteri jure cessat, *l.* 1. §. *si ab ipso*, 19. *d. l.* 2. §. 2. *l. pen.* cum Gloss. *ff. hoc tit. l.* 6. *l. si donatione*, 13. & *l. nec emancipati*, 15. *Cod. eod.* interpres Græcus, *οἱ αὐτεξούσιοι παῖδες ἐκεῖνα συνεισφέρουσι τοῖς ἀδελφοῖς, ἅπερ εἶχον ἐν καιρῷ τῆς τελευτῆς τοῦ ἰδίου πατρός. ὅσα δὲ μετὰ ταῦτα ἐκτήσαντο, οὐ συνεισφέρουσι*, id est, *ea demum emancipati filii fratribus suis conferunt, quæ eo tempore habebant, quo pater fato concessit. Si quid vero postea quæsierint, id nequaquam conferunt.*

5. Et igitur collationi subjecta non erunt legata & fideicommissa a patre relicta, quoniam demum post ejus mortem acquiruntur, *l. a patre*, 10. *l. filiæ*, 12. *l. filiam*, 16. *C. hoc tit.* Gloss. Cyn. Bart. Castr. *in l. pen. C. eod.* & alii ibid. relati & probati a Gilken. Perez. *ad C. h. tit. num.* 14. Ac proinde ob eandem rationem nec donatio mortis causa conferri debebit. Nemaus. *qu. c.* 6. Cæterum negotium facessit *l. pen. C. hoc tit.* ubi Justinianus generaliter definit, ea conferenda esse, quæ imputantur in legitimam. Atqui constat legata & fideicommissa, item mortis caussa donationes in legitimam imputari, *l. si quando*, 35. §. 2. *C. de inoffic. test. l. si non mortis*, 25. *pr. ff. eod.* §. 3. & *ultim. Inst. eod.*

6. Respondendum est, non eam fuisse mentem Justiniani, ut ea etiam, quæ post obitum parentis demum acquiruntur, qualia sunt legata, fideicommissa & mortis causa donationes, conferri voluerit contra formam constitutionum priorum, quamvis & ipsa subjiciantur imputationi, sed ea omnia, quorum commodum vivis parentibus ex substantia eorum ad liberos pervenit, ita ut condito testamento ad illud sustinendum imputarentur in legitimam: qualia sunt dos & donatio propter nuptias, *l. quon.* 29. *C. de inoff. test.* res inter vivos donatæ ea lege, ut in quartam imputentur, *d. l. si non mortis*, 25. *pr. ff. eod. d. l. si quando*, 35. §. 2. *C. eod. l. pen.* §. 1. *C. hoc tit.* quæ dari solent liberis, ut se exhibeant, & familiam sustentent, negotiationem exerceant &c. per *l. ut liberis*, *in fin. C. hoc tit.* lucrum, quod occasione militiæ ex defuncti pecuniis quæsitæ ad unum ex liberis pervenire potuit, quo tempore parens moritur, *l. omnimodo*, 30. §. 2. *C. de inoff. test. d. l. pen. pr. h. t.* & si qua sunt similia quorum commodum liberis vivo adhuc patre quæritur. Denique de legatis, quæ testamento relinquuntur, conferendis, Justinianum non sensisse, vel ex eo intelligi potest, quia loquitur de successione ab intestato.

7. Cum igitur ea sola conferenda sint, quæ moriente patre conferens in bonis habuit, non

quæ

quæ demum post mortem patris ei obvenerunt, quæsitum est, si quis emancipato filio extranei ita legaverit, *cum morietur pater*, quid de specie hujusmodi dicendum sit. Et siquidem hoc legatum sic interpretari oporteret, ac si post mortem patris relictum esset, haud dubie in collationem non veniret, *l. pen. ff. hoc tit. l. 15. C. eod.* sed quoniam placuit moriendi momentum vitæ attribui, propterea credo quod viventes morimur, & mors si non semel tota est, non est, *§. post mortem, 35. Inst. de legat.* ideo legatum in tempus mortis paternæ collatum, non post mortem patris demum, sed moriente patre manenteque adhuc vita filium habuisse interpretamur: ac proinde recte responsum ab Ulpiano est, legatum ad eum modum relictum conferri debere, *l. 1. §. si emancip. 18. ff. h. t.* Quid igitur est, quod idem jurisconsultus in *d. l. 1. §. si ab ipso, 19.* scribit, patre herede instituto & ab eo fideicommisso relicto filio emancipato, cum ipse pater morietur, in fideicommissum, quasi post mortem patris acceptum, a filio non conferri? Respondeo cum Cujacio id referendum esse ad jus antiquum fideicommissorum, quæ cum valerent ex mera nudaque voluntate defuncti, & utiliter post mortem quoque heredis relinquerentur, Ulpian. *fragm. de fideicom. §. 6. l. 5. §. 1. de leg. 3.* in eis servatam non fuisse subtilem illam verborum differentiam; atque illa verba, *cum morietur heres* sic accepta, ac si apertissime post mortem heredis fideicommissum relictum fuisset. Cujac. *3. obs. 34. fac. l. 11. §. si filio, 10. de legat. 3.*

CAPUT XV.

De collatione simplicis donationis.

SUMMARIUM.

1. *Donatio simplex regulariter non confertur.*
2. *Duobus duntaxat casibus donationem simplicem conferri, & quibus.*
3. *Non confertur facta filio in potestate constituto.*
4. *Donatio simplex facta filio in potestate & veteri jure & novo morte patris convalescit.*
5. *Novo jure sic convalescit, ut etiam retrotrahatur.*
6. *Objectiones quædam hominum male feriatorum.*
7. *Harum objectionum solutio.*
8. *Explicatio l. 13. Cod. hoc tit. missa emendatione Fabri & Fachinai, & n. 9.*
10. *Verbo donationis in persona patris interdum significari dationem in peculium, atque hoc dubio præsumi, nisi alio trahant conjecturæ.*
11. *Filium emancipatum non conferre donationem simplicem a patre acceptam fratri itidem emancipato.*
12. *Argumenta quibus stabilitur sententia eorum, qui donationem simplicem conferri volunt fratri in potestate retento.*
13. *Asseritur sententia contraria, conferendum scilicet non esse.*
14. *Solutio superiorum argumentorum.*
15. *Concluditur generaliter, donationem simplicem a nemine liberorum nemini e liberis conferri duobus casibus exceptis.*
16. *Apud Zelandos, Burgundiones, & in pleraque Gallia etiam donationes simplicis a liberis fieri collationem.*

NIHIL minus expeditum in hac disputatione est, quam quid dicendum sit de collatione donationis simplicis, an & ipsa & quando in collationem veniat.

1. Ego sic sentio, donationem simplicem in liberos a parentibus factam in divisione hereditatis paternæ regulariter non conferri, sed præcipuam sive propriam retineri ab eo, cui facta est; dummodo constet patrem, qui filio in potestate quid tradidit, id ei non in peculium concessisse, sed simpliciter donare voluisse.

2. Hujus autem rei luculentum argumentum est in *l. pen. §. 1. Cod. hoc tit.* ubi Justinianus duos tantum casus excipit, quibus placet donationem etiam simplicem conferri, 1. si donator hanc legem tempore donationis suæ liberalitati dixerit, 2. si alter e liberis donationem propter nuptias vel dotem teneatur conferre; propterea quod tunc parens præsumitur compensationis cujusdam vice, ut par esset liberorum causa, in filium filiamve, qui donationem propter nuptias vel dotem non accepit, donationem simplicem contulisse. His itaque casibus, qui singulares sunt, exceptis, donatio simplex non confertur. Et admittunt hoc plerique, si donatio facta sit a matre avove materno; sed dubitant, an idem sit dicendum, si ea facta sit a patre filio, sive in potestate constituto, sive emancipato: quoniam priore casu donatio non valet propter jus potestatis; posteriore autem casu conferenda videtur, per *l. ut liberis: 17. in fin. Cod. hoc tit. l. 1. ff. eod.* At illi animadvertere debuerant, textum in *d. l. pen. §. 1.* indistincte loqui, & initio *d. §. 1.* expressim mentionem fieri dotis vel donationis propter nuptias a patre, matre, vel aliis parentibus acceptæ.

3. Sed operæ est, rem totam paulo diligentius excutere. Constat ex *l. 2. Cod. de inoff. donat.* quæ Valeriani & Gallieni est, jure quoque veteri donatum a patre etiam liberis in potestate existentibus, præcipuum officio arbitri familiæ erciscundæ liberis adjudicatum fuisse, nec in communem venisse hereditatem; quod & ipsum quoque Impp. Diocletianus & Maximianus rescripserunt *l. filiæ, 18. Cod. fam. ercisc.*

[& con-

& confirmat locus Pauli *lib. 5. sent.* 11. ubi scribit, si pater filiofam. aliquid donaverit, & in ea voluntate perseveraverit, morte patris convalescere donationem. Hoc autem posito necessario sequitur, donationem simplicem nec filio in potestate constituto factam conferri oportere: quoniam quod præcipuum retinetur, id utique ad communionem non revocatur, id est, non confertur: cur enim ita cum posteriori ævo non loquamur, contempto censorio Antonii Fabri *dec.* 40. supercilio?

4. Quod vero vivo patre inutilis sit donatio, ex eo non recte colligas, conferendam esse, sed potius contrarium, quia post mortem patris utilis esse incipit; nam & olim morte patris sic convalescebat, ut arbitrio judicis familiæ erciscundæ præcipua adjudicaretur iis, quibus facta erat, & hodie etiam sine tali adminiculo convalescit rataque habetur solo patris silentio, *l. donationes*, 25. *Cod. de donat. int. vir. & uxor.* Absurdissimum autem est dicere, donationem post mortem patris convalescere ratamque haberi, & tamen conferendam esse: quod vi ipsa nihil aliud est, quam si dicas eodem tempore & ratam haberi & irritam.

5. Quamvis autem donatio simplex morte patris ita nunc confirmetur, ut retrotrahatur ad id tempus, quo facta est; tamen quia non confirmatur nisi morte, in eo naturam adhuc retinet ultimarum voluntatum, quarum hoc proprium est, ut non veniant in collationem: sed & ratio, quæ collationem impedit, adhuc durat, nimirum voluntas patris volentis id, quod donavit, filium habere jure præcipui. Ant. Fab. *dec.* 40. *err.* 3. Perez. *C. h.* 1. *n.* 17.

6. Sed nonnulli sic instant: Quæ imputantur in quartam, eadem & conferuntur, *l. pen. pr. C. h. t.* Atqui donatio simplex a patre facta filiofamil. imputatur &c. Rationem assumptionis hanc afferunt, quia hæc donatio in liberis habenda sit pro donatione mortis causa: quæ autem donatio pro mortis causa donatione est, ea in quartam imputatur, veluti donatio inter virum & uxorem, *arg. l. cum hic status*, 32. §. 1. *ff. de don. int. vir. & ux.* junct. *l. ubi ita* 27. *ff. de mort. ca. donat.* Donationis autem factæ liberis in potestate, & illius inter virum & uxorem eadem plane videtur esse ratio, maxime post *d. l.* 25. *C. de don. int. vir. & ux.*

7. Respondeo, tot hic sunt peccata, quot propositiones & assumptiones. Nam primum illa principalis propositio, *Quæ imputantur in quartam &c.* non est universalis, ut ostendi *cap. præced.* exemplo legatorum & fideicommissorum quæ in quartam imputantur, nec tamen conferuntur. Secundo falsa est illa assumptio, quod donatio simplex liberis imputetur in quartam, *l. si non mortis*, 25. *ff. de inoff. test. l. si quando*, 35. §. 1. & 2. *eod.* Tertio falsa est & ratio assumptionis, quod hæc donatio ratione imputationis pro donatione mortis causa sit habenda. Quia & posito eo, quod hac in re cum donatione mortis gratia comparanda sit, vel ex hoc solo efficitur, non esse conferendam: quoniam mortis causa donatio, licet & ipsa in quartam imputetur, in collationem tamen non venit, ut item ex iis, quæ *cap. præc.* liquet. Postremo & utrumque illud falsum est, quod hæc donatio plane similis sit donationi inter virum & uxorem; & quod donatio inter conjuges simpliciter comparanda sit cum donatione mortis causa. Sed piget hujusmodi ineptiarum.

8. Illud aliquid momenti in contrarium habet, quod scriptum est in *l. si donatione*, 13. *C. h. t.* filiamfam. contra jura postulare, ut fundum sibi a patre donatum præcipuum habeat. Ad hunc obicem removendum Fachinæus 5. *contr.* 80. utitur remedio violento, pro *si is filiæfamilias constitutæ tibi*, ut habent omnes codices in *d. l.* 13. reponens, *filiæfam. non constitutæ*. Sed præterquam quod veteres nunquam hac circumlocutione utuntur, ut dicant, *filiusfam. non constitutus*, pro *emancipatus*, etiam illa phrasis, *præcipuum habere*, quæ de liberis in potestate existentibus fere usurpari solet, istam emendationem respuit. Sed & ea admissa etiam hoc admittendum, donationem simplicem a liberis emancipatis conferri oportere: quod etiam Fachinæus tanquam verum & certum ponit; sed falsum esse paulo post demonstratum ibimus. Antonius Faber *d. dec.* 40. *err.* 1. ut hunc scopulum evitet, aliter textum *d. l.* 13. corrigendum putat, & pro verbis, *a patre donatus*, vult substitui, *a matre*: aut illud, *a patre*, deleri jubet, tanquam mali interpretis notam.

9. Sed videamus, an non commoda aliqua conciliatio afferri possit citra emendatrices manus. Quid enim si cum Duar. *ad C. hoc titul. c.* 2. Perez. *num.* 17. Alber. de Rosat. *in d. leg.* 13. *num.* 1. & aliis quibusdam veterum, dicamus interesse, utrum pater eo animo quid filio donaverit, ut id totum filii proprium esset, atque in ea voluntate perseveraverit: an vero non ut ejus fiat proprium, sed ut sit apud filium, tanquam res peculiaris, & quasi peculii loco, ac priori casu quod donatum est, non conferri, secundum *l.* 18. *C. fam. erc. l.* 2. *Cod. de inoff. donat.* posteriori casu conferri, sive quod effectu idem est, in divisionem hereditatis venire: ac de tali casu *d. l.* 13. *C. hoc tit.* intelligendam esse. Equidem mihi hæc conciliatio minime inepta videtur: quamvis enim in *d. l.* 13. nulla fiat hujus distinctionis mentio, tamen non est novum, ut ex una lege alteram interpretemur, maxime cum utraque eundem auctorem habet, ut *d. l.* 18. & *d. l.* 13. quæ utraque eorumdem est Impp. Diocletiani & Maximiani. Estque æquissima hujus distinctionis ratio, quoniam in donationibus hujusmodi spectanda maxime est voluntas patris, volueritne quod donatum est ad communionem revocari, an præcipuum haberi, id est, non

ferri,

ferri, aut non conferri. Quod igitur in peculium filio datum est, id conferendum erit, quia non eo animo datum est, ut id filius praeciperet, secus si donata filio proprietas, ob contrariam voluntatem.

10. Movere neminem debet, quod in *d. l.* 13. proponitur simpliciter, fundum a patre donatum esse, nulla mentione facta peculii: namapud nostros non est inusitata etiam simplex *verbi* donare usurpatio, pro *in peculium dare*: ita enim donandi verbum usurpatur in *l. donationes*, 31. §. 1. & 2. *de donat. l. per servum*, 37. §. 1. *l. quod fructuario*, 49. *de acq. rer. dom.* Accedit, quod jus patris impediens, quo minus donatio ab initio consistat, praesumptionem inducit potius concessionem quandam in peculium factam esse, quam simplicem donationem, utique nisi ex conjecturis & circumstantiis appareat, voluisse patrem, quod dedit, filii proprium esse: veluti in specie *l. filiis*, 18. *Codic. fam. erc.* ubi proponitur pater nomine filiae rem comparasse, eique postea tradidisse, quod non fecisset, nisi eam rem penes filiam remanere voluisset. Neque enim haec facta per omnia sunt paria, rem, quam jam habes, filio tradere aut dare: & rem aliquam, quam non habes, nomine filii prius emere, emptamque deinde donationis causa tradere, ubi duplex factum intervenit, ex quo enixior simpliciter donandi voluntas colligitur. Atque ut concedam Cujacio 3. *obs.* 30. Fabro *d. dec.* 40. *err.* 1. nihil interesse in aliis personis: in patre tamen & filio distinctio haec momentum habet, ubi alias datio in peculium praesumi posset, juc. *l.* 2. & 3. *C. si quis alt. vel sib.* fortassis in hujusmodi negotio & rei qualitas, seu valor & aestimatio consideranda, ut in modica praesumatur donatio, in magna potius in peculium concessio, veluti in specie *d. l.* 13. ubi de fundo agitur: quod consideravit Salic. *in d. l.* 18. *Cod. fam. erc. num.* 12. Atque haec sententia, quod nec filii sui heredes donationem simplicem conferre teneantur, etiam interpretum nostrorum communis est. Nemauf. *q.* 1. Saport. *n.* 93. & *seqq.* Vasq. 2. *de success. resol.* §. 19. *n.* 60. Sichard. *auth. ex testamento n.* 5. & *seqq. ad Cod. hoc tit.* Gilken. *ibid. n.* 8. & *seq.* & hoc vi ipsa etiam fatetur Ant. Fab. *dec.* 40. *err.* 1. & *pass.* dum quod ita simpliciter filiosf. a patre donatum est, ait in divisione hereditatis praecipuum filio adjudicari, licet neget conferri, propriam hujus verbi significationem praefracte urgens.

11. Non minor quaestio est, an conferenda sit donatio vel simplex facta filio emancipato: non tamen, an a fratre emancipato, cui facta est, conferenda sit fratri, itidem emancipato, quod fere omnes negant; & vix de eo justa est dubitandi causa, sive de jure veteri quaeratur, quo inter emancipatos collatio non erat, *l.* 9. *C. h. t.* sive de novo, propter *l. pen.* §. 1. *C. eod.* sed an conferenda sit fratri in potestate patria retento, quod plerique affirmant, Albert. de Rosat. *in auth. ex testam. n.* 2. *C. h. t.* Nemauf. *q.* 2. *n.* 4. Saport. 102. Fachin. 5. *contr.* 80. Gilken. *ad l. pen. C. h. t. n.* 28. plerisque aliis ab his citatis. Ant. Fab. *dec.* 40. *err.* 2.

12. Firmamenta hujus sententiae praecipua, quae afferunt, sunt haec. 1. Quod olim emancipati fratribus suis in potestate retentis omnia conferebant, *l.* 1. *ff. h. t.* neque hoc mutatum legimus. 2. Argumentum ducunt ex *l. ut liberis* 17. *in fin. C. eod.* ubi liberis emancipatis pro tenore praecedentium legum injungitur collatio eorum, quae in ipsa emancipatione vel postea a parentibus suis consequuntur: quae definitio cum generalis sit, utique etiam simplicem donationem complectatur. 3. Proferunt *Nov.* 18. *c.* 6. ubi Justinianus vult servari inter liberos aequalitatem, urgentque simul illa Imperatoris verba, *res praeter dotem forte, aut alio modo datas*, quasi his etiam significetur donatio simplex.

13. Caeterum contraria sententia dicentium ne ab emancipato quidem exigendum, ut donationem simplicem conferat fratribus suis heredibus, quae & Vasquin *ubi supra n.* 25. & quibusdam aliis placet, probabilior mihi videtur. Etenim nihil est, quod magis repugnet voluntati simpliciter & absolute donantis, quam ut, quod ita donat, subjiciatur collationi: nisi forte ipse hanc legem liberalitati suae dixerit, *l. per.* §. 1. *C. h. t. arg. l. si non mortis*, 25. *ff. de inoff. test.* Atque hanc ob causam etiam jure veteri, quo emancipati suis omnia alia conferebant, non tamen conferebant simplicem donationem, quam a patre acceperant, propterea, quod, ut dixi, nihil tam alienum est a voluntate inducendae collationis, quam absolute donare; ad impediendam autem collationem sufficiebat vel tacita patris voluntas, *l. filiae*, 18. *C. fam. erc. l. ex patre*, 39. §. 1. *ff. eod.* Itaque nec illud hic dici poterat, emancipatos suis inferre injuriam. Hoc autem, quod dico, ita se habere patet ex *l.* 2. *C. de inoff. donat.* Agitur illic de patre, qui omne suum patrimonium effusa liberalitate in unum ex filiis contulerat, & respondetur, siquidem is filius in potestate fuit, arbitri familiae erciscundae officio congruere, ut sorori ejus filiae defuncti quartam partem debitae ab intestato portionis praestet incolumem: si vero fuerit emancipatus, tunc filiae succurrendum esse querela inofficiosae donationis, per quam donatio tanquam inofficiosa, quatenus modum legitimum excedit, revocetur. Ex quo manifestum est neutro horum casuum donationem simplicem subjici oneri collationis, quoniam utroque nihil ultra portionem legitimam ex bonis paternis filia consequitur, *l.* 5. *l.* 7. *l.* 8. *C. d. t.* cum alias si frater collatione fungeretur, integrum semissem totius hereditatis paternae auferret. Ad haec cum id, quod de donatione simplici non conferenda, nisi duobus casibus, constituit Justinianus in *l. pen.* §. 1. *C. h. t.* ad donationem a quocunque pa-

parente sine distinctione potestatis aut sexus ad liberos quoscunque profectam pertineat, ut patet ex *pr. d.* §. 1. quo colore excipiemus emancipatos in successione concurrentes iis, qui in potestate manserunt?

14. Ex his, quæ diximus, simul apparet, quid respondendum sit ad primum contrariæ sententiæ argumentum, nimirum absolute verum non esse quod asserunt; sed semper exceptam fuisse simplicem donationem, idque ex tacita voluntate donantis, *per l. ex parte*, 39. §. 2. *ff. fam. erc.* junct. *l. filii*, 18. *C. eod. l.* 2. *C. hoc tit.* Ad secundum respondeo, clausulam illam in fine *l. ut liberis*, 17. *C. eod. emancipatis videlicet liberis pro tenore præcedentium legum, ea, quæ in ipsa emancipatione &c. acquisiverint, collaturis*, ideo a Leone adjectam esse, ne quis putaret solam se dotem & donationem propter nuptias ab emancipatis conferri velle, alia autem aliam ob causam a parente, de cujus bonis dividendis agitur, accepta, quæ secundum tenorem præcedentium legum & ipsa ab emancipatis conferenda erant, ab onere collationis eximere. At vero quæ ita a patre accipiunt liberi emancipati, ea non accipiunt aut habent jure simplicis donationis, sed ut data ob causam, ut scilicet se exhibere, ac familiam, quam instituunt, sustentare queant. Emancipatorum autem ideo duntaxat mentio fit, quia in eos, qui in potestate manebant, hujusmodi donationes conferri non solent; quippe cum horum exhibitio ad curam patris pertineat: quod etiam non obscure indicant hæc verba constitutionis, *ut adsolet fieri*. De simili quoque donatione accipienda est *l.* 1. *C. h. t.* ne alias quis ex sensu contrario argumentando putet donationem simplicem testamento non facto ab emancipatis conferendam fuisse; quamquam nec argumentum a contrario sensu petitum, præsertim, ex tescriptis Imperatorum, semper procedit. Tertii argumenti, ex *nov.* 18. *c.* 6. sumpti, si vis ulla esse debeat, in universum concludi oporteret, simplicem donationem a quibusvis liberis, & quibusvis liberis sine ulla distinctione conferendam esse, nisi expressim fuerit remissa collatio: nam illa constitutio ad omnes liberos ex æquo pertinet, ut in confesso est: nec illud minus in confesso est, non omnes liberos adstringi necessitate conferendi simplicem donationem. Vult quidem Justinianus æqualitatem inter omnes liberos servari: cæterum excipiendum est, nisi parens ipse unum ex liberis velit aliquid habere præcipuum & ut proprium, veluti si cui quid simpliciter donaverit. Illa autem verba, *d. nov.* τὰ κατὰ προῖκα αὐτῶν ἢ κατ' ἑτέραν πρόφασιν διδόμενα, *quæ dotis causa forte, aut alio modo dantur*, non includunt donationem simplicem, sed intelligenda sunt de donatione propter nuptias, aut ob aliam similem causam facta, tanquam ex alia necessitate, ut in specie, *l. ut liberis*, 17. *in fin. C. h. t.* Denique etsi concederemus emancipatos jure antiquo etiam simplicem donationem contulisse; ex novi tamen juris ratione, quod & solam spectat æqualitatis inter liberos conservationem, aliud dicendum foret: quippe cum non minus emancipati sint liberi, quam in potestate retenti, cum quibus nunc etiam jure civili succedunt: ac proinde si hic emancipatos munus collationis sustinere volumus, æqualitatis ratio suadet, ut nec sui percipiant, quod ipsis a patre donatum est: aut si hoc iis concedimus, nec emancipati tali collatione onerandi erunt.

15. Ut igitur tandem concludamus, sic generaliter definimus, simplicem atque absolutam donationem, a quocunque parente facta sit cuicunque ex liberis, a nemine liberorum nemini e liberis conferri, extra duos illos casus, quos supra memoravimus, scilicet si aut hæc lex donationi dicta sit, ut conferretur, aut necessitas æqualitatis inducendæ locum faciat collationi juxta *l. pen.* §. 1. *C. eod.* Atque hæc etiam Nicolai de Matetell. multorumque aliorum veterum sententia fuit, testibus Baldo *in auth. ex testamento C. h. t. n.* 2. & Nemaus. *q.* 1. *n.* 5. eamque probant Vasquius *lib.* 2. *de success. resol.* §. 19. *n.* 25. Socin. *jun. Lib.* 1. *cons.* 54. *n.* 5. Philip. Dec. *ad d. l. pen.* & Jac. Menoch. *in additionib. ib.* pulchre Ant. de Amat. *ad l.* 9. *C. hoc titul. n.* 156. *& seqq.*

16. Secundum jus municipale Zelandiæ liberi indistincte etiam simplicem donationem a parentibus acceptam conferre tenentur, *Zeland. art.* 22. *præf.* Everh. *cons.* 183. *n.* 10. & idem etiam obtinet apud Burgundiones nisi donatarius omittere velit hereditatem contentus donato. Chassan. *ad consuet. Burgund. tit. de success. rubr.* 7. §. 5. *n.* 41. *& seqq.* & juri consentaneum esse, postquam sublata sit suitatis & emancipationis differentia, putat Molin. *ad Dec. in auth. ex testamento, C. h. t. & cons.* 59. *n.* 4. & ita usu in Gallia servari scribit; eamque sententiam aliquando secuta est Curia Mechliniensis, teste Christin. *vol.* 1. *dec.* 178. *n.* 11.

CAPUT XVI.

De modo conferendi, & pœna non conferentis.

SUMMARIUM.

1. *Quomodo re fiat collatio.*
2. *Utrum rem ipsam, quæ data est, conferre necesse sit, an satis sit conferri æstimationem.*
3. *Res ipsa in specie regulariter conferenda.*
4. *Quid juris, si res alienata sit.*
5. *Quid si necessitas rei ipsius conferendæ nonnihil injuriæ secum trahat.*
6. *Quomodo cautione fiat collatio.*
7. *Quid si quis ob inopiam cavere nequeat.*
8. *Quando opus aut non opus cautione.*

9. No-

9. *Notatur circa modum conferendi diserimen aliquod inter jus vetus & novum.*
10. *Collatio fit deductis impensis necessariis, & sine usuris ac fructibus.*
11. *Improbatur ratio quædam ad hoc allata a Christinæo.*
12. *Collatio fit proportionibus hereditariis.*
13. *Insignis circa hanc rem distinctio, præcipue ex ratione juris veteris.*
14. *Qui non aspirat ad successionem, ad collationem urgeri non potest: notabili limitatione.*
15. *Non conferentis quæ sit pœna.*
16. *Si per errorem divisio facta sit omissa cautione, adhuc tamen peti posse, ut collatio fiat, & quo remedio.*

VIDEAMUS nunc, quod quinto loco quærendum erat, qua forma seu modo collatio fiat, tum quæ sit pœna non conferentis. Collatio duobus modis fieri potest & solet, re ipsa, & cautione; sic enim nostri loquuntur, *l.* 1. §. *jubet*, 9. §. *quamvis*, 11. *ff. hoc t.* quamvis proprie qui cavet sive fidejussoribus sive pignoribus, non confert, sed de conferendo securos facit coheredes.

1. Re fit collatio, cum fratres vel sorores bona conferenda cum fratribus & sororibus actualiter dividunt, *d. l.* 1. §. *quamvis*, vel cum minus accipiunt remittendo tantum ex bonis paternis, quantum fratres ex collatione laturi essent, *d. l.* 1. §. *sed & si*, 12. Idemque est, si nomen paterni debitoris delegaverint, vel fundum, aut rem aliam dederint pro portione bonorum, quæ conferri debuit, *d. l.* 1. §. 12. eumve, cui conferri oportet, liberaverint, *d. l.* 1. §. *pen. ff. l.* 2. *C. h. t.*

2. De illo quæritur, utrum omnino rem ipsam, de qua conferenda agitur, in specie conferri oporteat, an oblatione æstimationis conferens defungatur. Et possit videri ex edicto prætoris & constitutionibus, quæ æqualitatem tantum desiderant, ab unde satisfieri, si conferatur, rei æstimatio, quæ est tempore collationis. Neque huic sententiæ obstant *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. posthumo*, 11. *eod.* utique contrarium ex his elici posse non videtur: dum & ille bona sua vi ipsa conferat, qui confert æstimationem. Et hoc D. Tuldeno ad *C. h. t. n.* 1. placere video per *l.* 1. §. *sed & si*, 12. *ff. h. t.* cujus textus argumento etiam Sichard. *in rubr. C. eod. n.* 18. post Corneum *in l.* 9. *C. eod.* notat, in materia collationis hoc esse singulare; ut & species inter se, & cum pecunia compensetur, cum alias tantum quantitatis cum quantitate pensatio sit, per DD. *in* §. *in bona*, 30. *Inst. de act. & in l. ult. C. de compens.*

3. Attamen ego in contrariam sententiam proclivior sum. Cum enim ex adverso ipsa corpora & species, quæ in bonis parentum manserunt, divisioni subjiciantur; idem etiam in iis, quæ conferenda sunt, rationis esse videtur, ut sc. species ipsæ, quæ datæ sunt in medium conferantur, nec ad liberationem sufficiat præstare æstimationem; utique si altera pars dissentiat: nam inter consentientes quin æstimatio collata ad liberationem prosit, dubium non est; quoniam & alias non obtinente creditore aliud pro alio solvere licet, *l. manifesti*, 17. *C. de solut.* de tali casu textum in *d. l.* §. *sed & si hoc tit.* accipiendum esse, patet ex eo quod jurisconsultus illic etiam de nomine debitoris delegando, de fundo seve alia pro portione bonorum danda, tractat, quod, ut notum est, non nisi inter consentientes fieri potest. Perez. *in C. hoc t. n.* 19. Costal. *ad l. si filia*, 20. *ff. fam. ercisc.* qui & ita judicatum memorat a curia Parisiensi, ut & Papon. *lib.* 21. *titul.* 7. *arrest.* 1. addit. Christio. *vol.* 4. *dec.* 2. *n.* 5. Ant. de Amat. *ubi sup. n.* 131. *& seqq.*

4. Plane si heres rem collationi subjectam bona fide alienavit, nec in specie conferre potest, satis est æstimationem conferri, facta reputatione temporis, quo collatio petitur. Costall. *d. loc.* vide & Christin. ubi supra, ubi in hoc quoque casu Senatum Parisiensem, idem censuisse refert. Putarem tamen si res vendita proponatur post mortem patris, conferendam esse eam summam quæ pro re accepta est, propter jus, quod jam coheredibus acquisitum erat.

5. Sed & si quo casu ipsius rei collatio nonnihil injuriæ conferenti allatura videatur, crediderim eum æstimationis collatione recte defungi. Neque enim verbi causa, eo casu, quo libri conferendi sunt, existimo scholarem cogendum eos ipsos actualiter conferre, cum iniquum atque absurdum sit studioso auferre libros, in quibus jam propter diuturnum usum memoriam localem habet. Salicet. *in l. filiæ*, 18. *n.* 15. Bald. *in l.* 5. *C. ad sen. Mac.* Horat. Luc. *tract. de priv. scholar. priv.* 30. & ita censuisse supremam Curiam Mechliniensem testatur Christin. *ubi supra*. Idem dixerim, ubi nihil interest coheredum æstimatio, an res ipsa conferatur, cum Molinæo *ad dec. id l.* 13. *C. lib. tit.* addit. Ant. de Amat. *ubi sup. n.* 139.

5. Cautione fit collatio, cum de conferendo vel fidejussores dantur, vel pignora: non enim satisdato tantum, verum etiam pignoribus posse caveri de collatione placuit, *l.* 1. §. *jubet*, 9. *ff. h. t.* quamvis regulariter propriæ stipulationes satisdationem desiderent, *l.* 7. *ff. de stip. prat.* Si unus ex heredibus ante factam collationem decesserit, heredi ejus conferri, vel de collatione caveri oportet aut a converso heredem ejus conferre aut cavere, & hoc est, quod DD. ajunt, jus conferendi & active & passive transire ad heredes Gomes. *ad l.* 29. Tauri, *n.* 37. *l.* 2. *pr. ff. h.* t. & ibi Bart. *l. si maritus*, 15. *C. eod. l.* 1. §. *ibid.* 8. *ff. eod.*

7. Quod si forte quis ob inopiam rei familiaris cavere nequeat, curator ejus portionis constitui-

stituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat, quod redactum est, cum bona propria contulerit, *d. lib.* 1. § *si fratres*, 10. *l.* 2. §. *ult. eod.*

8. Non est autem opus ratione, si inter liberos conveniat, quid sit conferendum; sed si inter eos sit controversia, num aliquid conferendum sit; tunc enim suspenditur collatio ejus, data cautione de conferendo, si necesse erit, Nemauf. *c.* 2. *num.* 24. Pet. Tholos. 46. *syntagm.* 8. *n.* 27.

9. Olim cum sua omnia emancipati conferebant, boni viri arbitratu ita fiebat collatio, ut de bonis conferentis prius deduceretur æs alienum, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Et ea solum conferebantur, quæ actu adhuc penes emancipatum collationi obnoxia erant, non quæ alienaverat: utique si citra fraudem & dolum, alias secus, *lib.* 1. §. *confertur*, 23. *d. l.* 2. §. 2. *eod.* quod si id egisset, ne acquireret, collatio cessabat, *d. l.* 1. §. 23. *arg. l.* 6. *pr.* & §. 1. *cum* 3. *seqq. ff. quæ in fraud. cred. l. non fraudantur*, 134. *de regul. jur.* Azo *in summ. C. h. t. n.* 11. Sed postquam certarum duntaxat rerum collatio esse cœpit, & tandem solorum profectitiorum ob causam, si res ipsæ conferri nequeant, eo quod forte alienatæ sunt, æstimatio earum conferenda erit; neque propter æs alienum cessabit collatio, sed non valentis conferre portio hereditaria pro rata ejus, quod conferre debuit, minuetur, *per l.* 5. *C. h. t.* de quo etiam dictum jam ante est.

10. Cum autem fit collatio, impensæ necessariæ, quæ in rem conferendam factæ sunt, deduci solent, *l.* 1. §. *cum dos*, 5. *ff. de dot. collat.* ubi Gloss. & Bart. fitque collatio simpliciter sine usuris & fructibus. Ut ecce, qui dotem aut donationem propter nuptias a parente accepit, is parenti successurus, debet quidem hæc cæteris ejusdem parentis liberis, cum quibus succedit, conferre: at non item fructus aut usuras dotis aut donationis propter nuptias. Nam illud solum conferendum esse, quod quis titulo dotis aut donationis propter nuptias accepit, ac sufficere, si res ipsa vel summa principalis hoc nomine data conferatur, multi loci evincunt, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 8. *ut liberis*, 17. *l. illam*, 19. *C. h. t.* & *pass. ff. de dot. collat.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 178. ubi & supremam Curiam Mechlin. ita judicasse testatur, congruit *art.* 29. *Polit. Ordinat.* Et ratio hæc est, quia fructus dotis percepti non sunt dotis, sed cedunt marito propter onera matrimonio cohærentia, *l.* 7. *de jur. dot. l. pro oneribus*, 24. *C. eod.* quod etiam ad donationem propter nuptias ob eandem causam pertinet, *fac. l.* 1. §. *sed an* 16. *ff. h. t.*

11. Affert & hanc rationem Christin. *d. loc.* quod non alia conferantur, quam quæ reperiuntur in bonis conferentis tempore mortis patris vel matris, per *l.* 6. *l. filiæ*, 12. *C. eod.* fructus autem consumpti non sint in bonis. Sed si hoc argumentum procederet, etiam consumpta tota dote liberaretur filia a collatione, quod falsum esse patet ex *auth. quod locum*, *Cod. eod.* & *dictæ l.* 6. similiumque locorum non alia sententia est, quam quod non conferantur ea, quæ liberi demum post mortem patris acquirunt. De casu collationis rei dotalis faciendæ constante adhuc matrimonio dixi supra *c.* 12.

12. Porro collatio fit pro portionibus hereditariis, quas quisque in hæreditate habet, ita ut persona quoque conferentis numeretur, & partem faciat *l.* 2. §. *ult. l.* 3. §. 2. *ff. h. t.* Nemauf. *c.* 2. *n* 24. Duar. *c.* 4. *h. t.*

13. Ex ratione autem maxime juris veteris distinguendum hic est, utrum filius emancipatus, qui ad collationem vocatur, petita bonorum possessione contra tabulas, an ex capite edicti *unde liberi*, ad successionem admittatur. Fieri enim potest, ut qui testamento facto bonorum possessionem contra tabulas accepit, interdum minus, quam si ab intestato accepisset, conferat, interdum etiam, ut nihil. Ut ecce si pater una cum filio in potestate extraneum heredem instituerit, hic nisi emancipatus præteritus bonorum possessionem contra tabulas petat, filius heres scriptus non aliam partem ex testamento patris, quam ex qua heres scriptus est, consequi poterit, nihilque ei conferet extranens coheres. Emancipatus vero si accepta contra tabulas bonorum possessione extraneum removerit, quasi in locum ejus succedens, pro ea tantum parte, quam fratri aufert, conferre tenebitur; quoniam & pro ea duntaxat parte fratri incommodat. Finge igitur extraneum ex semisse verbi causa institutum esse, hic emancipatus nihil conferet: multoque minus, si extraneus scriptus sit ex parte majore; quia tunc etiam beneficium ab emancipato accipit frater in potestate retentus. At si, verbi gratia, extraneus ex quadrante, filius ex dodrante heres scriptus est, hoc casu, quia quadrantem emancipatus fratri detrahit, quadrantem quoque bonorum suorum conferet, sed non amplius, *l.* 1. §. 3. 4. *ff. h. t.* ubi mire se torquent Gloss. & Bart. Quod si patre intestato mortuo ex parte edicti *unde liberi* bonorum possessio obtineatur, hoc casu collatio æqualis erit, ut quantam partem emancipatus fratribus suis heredibus detrahit, tantam & illis conferre teneatur. Finge emancipatum habentem patrimonium trecentorum concurrere cum duobus fratribus in potestate retentis: hic emancipatus singulis fratribus centum & sibi centum conferet: vique ipsa hoc perinde est, ac si solida trecenta cum hereditate patris confudisset, unde scilicet divisione facta centum ad ipsum reditura fuissent. Quod si quis interdum plus conferat, quam accipit, de se eum queri oportet, cui liberum fuit bonorum possessionem omittere, *l.* 2. §. *si tres*, 5. *ff. h. t.*

14. Qui autem non affectat successionem, ad collationem urgeri non potest, *l. ult. ff. de collat. dot.*

dot. l. ex causa, 22. *C. fam. ercisc.* ubi hoc notant Bart. Bald. & Salic. Duar. *c.* 1. & 3. *de coll.* Christin. *in leg. Mechlin. tit.* 16. *art.* 3. *n.* 6. Praes. Everh. *cons.* 8. *n.* 2. ubi tamen *n.* 4. notabilem addit limitationem, videlicet quod id tunc demum procedat, quando omnes alii liberi salvam habent suam legitimam portionem. Quod si futurum sit, ut isti alii liberi, connumeratis bonis, quae omissa alias hereditate, conferri non deberent, minus illa sua legitima parte consecuturi sint, tum eos jure desiderare posse, ut suppletio ex istis bonis ad modum legitimae fiat, per *text. in auth. unde si parens*, *C. de inoff. testam. facit tot. tit. C. de inoff. donat.* & ita judicatum a suprema Curia Mechliniensi refert Christin. *vol.* 4. *dec.* 2. *n.* 4. *sub fin.* add. Gomes. *in l.* 92. Tauri, *n.* 34.

15. Poena non conferentis, aut per contumaciam cavere nolentis, cum possit, haec est, ut ei denegentur actiones hereditariae, quae alias pro consequenda portione sua hereditaria ei competerent, donec consilium mutet *leg.* 1. §. *si frater*, 10. §. *si cum duobus*, 13. *ff. h. t. l.* 11. *l.* 14. *C. eod.* Quod si is, qui collationem detrectat sit in possessione rerum hereditariarum, poterit ad collationem compelli officio judicis, per *l.* 8. *eod.* ubi Gloss. Cyn. Pet. & Jac. de Ravenn. Alberic. Bart. & DD. comm. Si quis autem caverit, sed cautioni non steterit, committitur stipulatio, cum post interpellationem de conferendo factam tantum tempus lapsum est, intra quod collatio commode fieri potuisset; & quanti ea res est, in tantum pecuniam condemnatur, *l.* 5. *in fin. ff. h. t.* Nemaus. *c.* 2. *n.* 24. Perez. *C. eod. n.* 19. Wesemb. *parat. eod. n.* 6.

16. Quid si per errorem jam facta sit divisio omissa collatione aut cautione, idque auctoritate judicis interveniente? Nihilominus adhuc peti poterit, ut collatio fiat, *l.* 8. *C. h. t.* quemadmodum & in calculo si error aliquis intervenerit, emendationi locus est, *l. un. C. de err. calcul.* Neque hoc tendit ad impugnandam sententiam, sed ad minuendam & moderandam executionem & vires judicati. Gilken. *in d. l.* 8. *C. h. t.* cum ibidem allegat. ubi tamen *num.* 5. hoc ita procedere ex Gloss. Alberic. Corn. Alex. & aliis notat, nisi auditis partium, collationem petentium & renuentium allegationibus post causae cognitionem sententia judicis intervenerit, *fac. l.* 7. §. 1. *ff. de compens.* Sed tunc dici non potest collatio omissa per errorem: & hoc ipsum ita quoque temperandum est, si non appellatione intra tempora praefinita interposita collatio petita fuerit. Caeterum quaesitum est, qua actione aut remedio post factam divisionem obtineri queat, ut collatio adhuc fiat. Glossa, Cyn. Alber. Bart. & DD. comm. *in l.* 8. *Cod. h. t.* officium judicis hic requirunt. Et sane ad id confugiendum erit, si adhibito judice divisio facta proponatur. Quod si omissa per errorem collatione sine judice facta sit divisio, tunc putarem collationem postulantibus competere conditionem indebiti: nam quantum, qui non contulit, conferre debuit, tanto minus fratres de rebus paternis illi debuerunt: quo fit, ut si amplius illi datum fuerit, indebitum solvisse fratres intelliguntur, *fac. lex si quis*, 10. §. 1. *ff. de compens. l.* 5. §. *pen. ff. de impens. in rem dot. fact. l. cum putarem*: 36. *circa fin. ff. fam. ercisc.*

CAPUT XVII.

De fine & effectu collationis.

SUMMARIUM.

1. *Collatio initio introducta est minuenda injuriae gratia, qui filiis in potestate retentis a praetore fiebat, admissis simul ad successionem emancipatis.*
2. *Postea solam aequalitatis inter liberos conservationem hic spectari coepisse.*
3. *Aequalitatem hanc non arithmeticam esse, sed geometricam.*
4. *Bona collata & ipsa fieri hereditaria, aut pro talibus haberi.*
5. *post collationem demum actiones hereditarias cum effectu exerceri posse.*
6. *Pactum, quo necessitas collationis remittitur, quando validum.*

UNUM adhuc superest, ut quaeramus, quis sit collationis finis & effectus, hoc enim postremum est ex iis, quae ad intelligentiam hujus argumenti diximus cognitu esse necessaria.

1. Ex iis, quae supra disseruimus: praesertim cap. 2. intelligere possumus, collationem initio a praetore introductam esse minuendae duplicis injuriae gratia, quam sui heredes patiebantur, eo quod praetor una cum his ad bonorum paternorum successionem admittebat & emancipatos: nam ita & suis heredibus pars hereditatis paternae, quae harum tota erat jure civili detrahebatur, & eorum quoque bonorum, quae sui heredes quaesierant, partem consequebantur emancipati cum & ipsi sibi omnia quaererent, & quaesita sibi retinerent. Cui utrique injuriae obviam iverit praetor emancipatos, successionem patris una cum suis appetentes, ad bonorum collationem vocando, *l.* 1. *ff. h. t.*

2. Cum autem procedente tempore magis ac magis par atque aequalis liberorum omnium causa in successione parentum intestata esse coepisset, ad hanc aequalitatem inter liberos servandam paulatim quoque jus collationis attemperatum fuisse, ac tandem etiam tractum ad successionem ex testamento. Itaque nunc recte dicemus τέλος, finem, propter quem collatio fit & petitur, hunc esse, ut servetur inter liberos aequalitas, eaque servata bona defuncti pa-

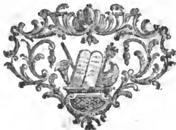
rentis una cum collatis inter eos dividantur, *l. ut liberis*, 17. *l. illud*, 20. *C. h. t. Nov.* 18. *c.* 6. Differt itaque collatio a divisione, ut antecedens a consequente.

3. Æqualitas autem hæc non est arithmetica, sed geometrica, ut collatis omnibus, quæ conferenda sunt, tantam quisque portionem accipiat, quanta ei vel dispositione testatoris, vel lege delata est: sic enim referenda est æqualitas ad id, quod relictum est; verbi causa, si unus ex liberis institutus sit ex quadrante, alter ex dodrante, collatis omnibus in acervum hereditatis, quæ hoc modo crescit, unus tres uncias totius, alter novem accipiet, sibique imputet, si quis minus accipit, quam contulit, quia poterat hereditatem omittendo effugere onus collationis, *l.* 2. §. *si tres*, *h. tit.* Quod si ex æquis partibus heredes scripti sint, æqualiter hereditatem divident, quamvis unus plus alio conferat, quia plus a defuncto parente acceperat; idemque est in successione intestata. Et ita in partibus diversis proportio est geometrica, quemadmodum in substitutione reciproca, si testator heredes ex imparibus partibus institutos sibi invicem simpliciter substituerit, *l.* 5. *l. si plures*, 24. *ff. de vulg. & pup. subst. l.* 1. *C. de impub. & ad. subst.*

4. Effectus collationis est hic, quod bona collata & hereditati communi permista, & ipsa hereditaria fiant, aut utique vi ipsa pro hereditariis habeantur; nimirum quæ ex bonis patris exierunt, nam de peculio profectitio, quod in bonis patris manet & post mortem in hereditate ejus repetitur, hoc proprie prædicari non potest: quamquam intuitu naturalis possessionis & juris administrandi, quod vivente patre filius habuit, etiam hic collatio est, & fieri dicitur, de quo uberius differuimus supra *cap.* 3.

5. Est & hic collationis effectus, quod post eam demum actiones hereditariæ efficaciter exerceri possunt: nam etsi statim atque agnita hereditas aut bonorum possessio est, actiones istæ ipso jure competunt, tamen conferre nolenti denegantur, ut demonstratum est *cap. superiore*. Illud autem insubtile est, quod quidam ajunt, competere actiones, etiamsi pacto hereditati renuntiatum sit. Prius enim de successione, quam de collatione aut actionibus quærendum est: & sicut eum, qui ad collationem vocatur, aut cui confertur, successorem esse oportet, ita ex adverso præpostere disputatur de colligatione in persona ejus, qui successor non est.

6. Hæc autem est eorum mens & sententia, aut hereditatem aut bonorum possessionem delatam pacto effici non posse, ut quæ alias conferenda essent, non conferantur, at postea posse, & juri jam quæsito recte renuntiari, *per l. pen. C. de pact.* junct. *l. ult. C. eod. l.* 3. *C. h. t. l. si quando*, 35. §. 1. *C. de inoff. test. l. ult. ff. de suis & leg. her. cum similib.* quod quidem verum est, sed loco minus congruo hic tractatur, ut & alia quædam, quæ pertinent ad locum communem de pactis circa successiones: de quibus DD. *in d. l. ult. C. de pact. & in l. stipulatio*, 61. *ff. de verb. oblig.*



A R-

ARNOLDI VINNII JC.

DE TRANSACTIONIBUS

TRACTATUS.

CAPUT PRIMUM.

1. *De usu verbi transigere, quid sit transactio, & quid differat a pacto.*

SUMMARIUM.

1. *Verbi transigere tum propria, tum tropica significatio.*
2. *Ejusdem verbi usus specialis præsertim argumento proposito: tum qua in re differat transactio a sententia, & jurejurando.*
3. *Vera & exacta transactionis definitio.*
4. *Decidere pro transigere passim.*
5. *Vulgaris definitio transactionis minus accurata.*
6. *Inter pacisci & transigere quid intersit.*
7. *Quomodo interpungenda* l. 1. *ff. hoc tit.*
8. *Res dubia quæ hic dicatur, obiter.*

1. VERBUM *transigere*, si originem & compositionem spectamus, idem significat, quod ultra agere sive transadigere. Tacitus *annal.* 14. *Gladio se ipsum transegit*, quod Virg. 9. *Æneid. Sed viribus ensis adactus Transadigit costas.* Statius 5. *Theb. Quatuor hos una, decus & solatia patris, Transadigam ferro.* Atque hinc translatum ab alia significatione generali, ut idem sit transigere, quod negotium conficere, expedire, finire. Cicero *pro Quintio: Quæro qua ratione Nævius susceptum negotium transegeris?* Item *pro Rosc. Comœd. per nuntium hoc, quod erat tam leve, transigere potuisti.* Terentius *in Andr. Facta, transacta omnia*, & passim in Comœdiis, *in us transigetur*. Sic dicimus vitam transigere pro traducere, peragere, διάγειν. Tacitus *in vit. Agricolæ: In hujus sinu indulgentiaque educatus, per omnem honestarum artium cultum pueritiam adolescentiamque transegit.* Sallust. *proœm. bell. Catil. Sed multi mortales dediti ventri atque somno; indocti incultique vitam sicuti peregrinantes transegere.* Et initio ejusdem proœmii; *ne vitam silentio transigant, veluti pecora*, quanquam non ignoto in vulgatis fere legi *transeant*. Atque in generali hoc significatu, sive pro qualicunque terminatione & finitione negotii, etiam a nostris sæpe usurpatur, ut videre est in *l. ordine*, 15. *ad munc. l.* 5. *de decur. l. arbitrio*, 18. *de dolo*, 4. *ff. de dol. mal. l.* 1. *§. ult. ad SC. Tert. l.* 1. *§.* 3. *ff. de pact.* In *l. transacta*, 229. *& seq. de verb. sign.* Paulus ait, transacta intelligi, quæ quoquo modo ad finem perducta sunt, vel tempore, vel judicis sententia, vel alio quovis modo. Apud Ulpianum, *l. quid ergo*, 13. *§. pœna*, 7. *de his qui not. infam.* sententia transactum dicitur de existimatione, apud Cajum *l. admonendi*, 35. *in fin. ff. de jurejur.* negotium jurejurando transactum, quomodo & Seneca præfat. *lib.* 7. *declam. Placet sibi rem jurejurando transigi.*

2. Cæterum passim in usu juris & præsertim in argumento proposito specialiter hoc verbum usurpatur, & pro ea duntaxat conventione accipitur, qua rem dubiam litemque incertam ita finimus atque expedimus, ut pro eo aliquid vicissim accipiamus: neque aliud in proposito est transigere, quam rem dubiam litemve incertam consensu terminare, dato aliquo, seu promisso, aut retento, *l.* 1. *ff. h. t. l.* 2. *l. transactio*, 38. *C. eod. c. super eo, x. eod.* Itaque proprie quoque loquitur Cicero, pro Cluent. cum ait, *Manlius rem cum Oppianico transigit, pecuniam ab eo accipit, &c.* Ajo, *consensu terminare*, quibus verbis transactio distinguitur a sententia & decisione judiciali: nam judicium redditur in invitum, *l. inter*, 83. §. 1. *ff. de verb. obl.* hinc consensu terminata pro transactis, *l. interpositas*, 13. *C. h. t. cum similib.* Additur, *dato aliquo, aut retento*, ut hinc removeatur jusjurandum, quod & ipsum ex conventione proficiscitur, *l. qui jurasse*, 26. *§. ult. ff. de jurejur.* & propter communem cum transactione effectum speciem transactionis continere dicitur, *l.* 2. *eod. tit.* transactio tamen proprie non est; quia in jurejurando non intervenit mutua compensatio, quæ in transactione desideratur: sed nullo dato vel retento aut promisso procedit. Sed & ei, cui jusjurandum delatum est, necessitas imponitur,

ut aut juret, aut jusjurandum referat, *l. manifestæ, 38. d. tit.*

3. Transactio igitur, ut tribus verbis dicam, est non gratuita rei dubiæ decisio facta conventione partium; atque ad hunc eundem modum etiam Wesembecius transactionem definit *parat. h. t. n. 2.* quanquam illa definitio imprudenti & tantum non aliud agenti excidisse videtur: Nam toties illic vacillat Wesembecius, ut Andabatarum more clausis oculis in eum locum irruisse videatur, quod & Bachovius notavit. Hinc jam intelligimus transactionem non esse nisi tunc cum actor ita litem remittit, ut neque is totum, quod petit, auferat; neque rursus totum amittat: sed de summa quæ petitur deciditur aliquid, & quasi decerpitur, quod detur actori, ut quod superest, apud eum relinquatur.

4. Atque hinc factum est, ut Latinis, præsertim autem juris nostri auctoribus, verbum *decidere* usurpatum sit pro transigere. Cicero pro Quintio, *Assem sese negat daturum, nisi prius de rebus rationibusque societatis omnibus decidisset, & scisset sibi cum eo controversiæ nihil futurum.* Idem pro Rosc. Amerino: *Si hanc ei rem privatim Sext. Roscius mandavisset, ut cum Chrysogono transigeret atque decideret.* Eodemque sensu hoc verbo utuntur nostri in *l. cum in eo, 44. ff. de pact. l. mandato, 60. ff. de procur. l. pr. ff. de cond. furt. l. 4. §. 1. ff. ad leg. Falc. l. ejus rel. 46. ff. de rei vind.* ex quo est litis decisio pro transactione, *l. 7. l. sub prætextu, 19. l. si quidem, 24. C. h. t.* decisio furti *l. post decisionem, 13. C. de furt.*

5. Vulgo loco generis pactum seu pactio ponitur: sed non satis subtiliter mea quidem opinione. Etenim pactiones & contractus non sunt genera transactionis, sed modi transigendi: nam interdum nuda duntaxat pactio intervenit, aliquando stipulatio, *l. 2. l. pacto, 15. ff. l. sub prætextu, 19. l. sive apud, 28. C. h. t. l. cum proponas, 21. C. de pact.* quandoque dato aut retento, *l. transactio, 38. C. h. t.* quæ diversa sunt ab ipsa transactione, si proprie loqui volumus: nec duplex esse potest genus unius & ejusdem rei. Qui in re tam plana aliud sectantur, næ illi nodum in scirpo quærunt.

6. Inter pacisci & transigere hoc interesse scribit JC. in *l. 1. ff. h. t.* quod qui transigit, quasi de re dubia & lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur donationis causa rem certam & indubitatam ex liberalitate remittit. Discrimen in duobus positum. 1. Transactio semper est de re dubia & incerta: nam quod in *l. 32. C. h. t.* dicitur, de *certa re* pactum transactionis interpositum, id non de re indubitata, sed de una aliqua re aut lite, intelligendum est, ut ex ipso contextu patet. Pactum vero plerumque quidem de re certa seu indubitata fit, sed non semper: nam interdum etiam de re controversa & litigiosa pacisci dicimur, *l. 7. §. si paciscar, cum seq. ff. de pact. l. transigere, 18. C. h. t. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & seq. ff. de his qui not. infam.* Itaque hic character non perpetuus, sed ἐκ τοῦ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον συμβαίνοντος. 2. Pactum in specie acceptum ut ἀντίθετον transactionis, semper est gratuitum: at transactio in specie sic dicta semper fit aliquo dato retentove aut promisso, nunquam gratis, *l. transactio, 38. C. h. t.* & hic character est perpetuus. Unde pactum donationis causa & transactio opponuntur, *l. 3. C. de repud. vel abstin. hered. l. 6. de solut.* sicut aliis locis transactioni opponitur donatio, *l. cum donationis, 34. C. h. t. ex conducto, 15. §. 4. ff. locat.* Quod si alicubi pactum dicatur fieri dato aliquo vel retento aut promisso, ibi pactio sive pactum latiore significatione ponitur pro transactione, ut in *l. contra juris, 28. in fin. ff. de pact. l. 1. C. eod. l. 4. §. ult. l. 5. l. 6. §. 3. & 4. ff. de his qui not. infam. l. 4. ff. de jur. fisc.* non quod proprie pactum se habeat ad transactionem, ut genus ad speciem, si subtilius loqui volumus: sed quia transactio etiam pactione fit: unde alibi rectius appellatur pactum transactionis causa factum & placitum transactionis *l. cum proponas, 21. C. de pact. l. 7. l. si de certa, 31. l. si pro fundo, 33. C. h. t.* sicut & pacto dicitur transigi, *l. 2. l. pacto, 15. C. eod. l. si instituta, 27. pr. ff. de inoff. test.*

7. Duarenus & Donellus textum *d. l. 1. ff. h. t.* sic interpungunt; *Qui transigit, quasi de re dubia, & lite incerta, neque finita transigit; qui vero paciscitur donationis causa, rem certam & indubitatam liberalitate remittit*, commate posito post *donationis causa*: idque post Cisnerum etiam probat Borcholt. *c. 1. ad hunc t. n. 28.* Sed hæc interpunctio tantum abest, ut necessaria sit, sicut ea, quæ diximus, aperte demonstrant, ut etiam mihi videatur inconcinnam efficere, & tantum non ineptam JC. sententiam *qui paciscitur donationis causa, rem ex liberalitate remittit* quasi vel unus de eo dubitari possit. Sane Græcorum interpretatio istam διαστολὴν ferre non potest, qui sic lib. 11. *Basil. tit.* περὶ διαλύσεως. Ulpiani verba reddunt: ὁ διαλυόμενος ὡς περὶ πράγματος ἀμφιβόλου καὶ δίκης ἀδήλου καὶ ἀπεράντου διαλύεται. ὁ δὲ συμφωνῶν κατὰ δωρεὰν πρᾶγμα δῆλον καὶ ἀναμφίβολον φιλοτίμως συγχωρεῖ, neque enim verba κατὰ δωρεὰν recte referas ad præcedens συμφωνῶν. Et iterum apertius, ἡ διαφορὰ κυρίως τοῦ συμφώνου καὶ διαλύσεως ὅτι σύμφωνον μέν ἐστι ἀναμφιβόλων χρεῶν συγχώρησις, διάλυσις δὲ ἀμφιβαλλομένων χρεῶν συμβίβασμος, atque ad eundem modum Attiliana in *synopsi tit. 6.* & Harmenop. *lib. 1. tit. 13. §. 14.* quia sua illinc transtulerunt.

8. Illud notandum est, in causa transactionis rem dubiam dici non solum eam, de qua lis jam mota est; sed etiam eam, de qua moveri potest, aut lis metuitur, *l. 2. C. h. t.* imo amplius etsi neque lis sit, neque lis metuatur, dummodo alia ratione res sit dubia, ut in specie *l. 1. C. de pact. l. de fideicommisso, 11. C. h. t. l. 8.*

§. si

§. *si in annos*, 23. *ff. eod.* sed hæc accuratius infra sub *c. 4. de materia transactionis.*

CAPUT II.

Quibus modis fiat transactio.

1. TRANSACTIO vel fit nuda conventione, veluti si quis paciscatur, ut certum aliquid accipiat & a lite recedat, *l. 2. l. pacto*, 15. *ff. h. t. l. si instituta, ff. de inoff. test. l. sive apud*, 28. *C. h. t. cum similib.* & tale pactum etsi ipso quidem jure actionem non tollat, sed ea nihilominus integra adhuc actori maneat: exceptionem tamen reo parit ad summovendum actorem, si contra placita litem persequi velit, *l. sub prætextu*, 19. *d. l. sive apud C. eod. l. cum proponas*, 21. *C. de pact.* Cæterum ita reus ex placito transactionis inutilem exceptionem habet, si paratus sit implere, quæ ipse contra promisit; alioqui replicabitur de dolo, *d. l. sub prætextu d. l. cum proponas, l. ult. C. si advers. transact.* Quod si verbi causa in lite familiæ erciscundæ convenit ut, certis partibus hereditatis constitutis, ego hanc partem obtinerem, tu illam: neque ego tibi quidquam dedi, ut mihi dares, neque tu mihi; porro huic placito stipulatio subjecta est: nulla ex hoc pacto, utpote nudo & meri placiti fine stante, actio nascitur, *l. divisionis*, 45. *ff. de pact. d. l. cum proponas, C. eod.* & ideo placiti servandi causa stipulatio subji i solet, *l. pacto*, 15. *ff. l. si pro fundo*, 33. *C. h. t. l. cum proponas*, 21. *l. petens*, 27. *C. de pact. l. 5. C. de contr. stip.* Quidam putant in *d. l. cum proponas*, conventionem transactionis causa interpositam ideo ad producendam obligationem & actionem efficacem non esse, quia serio & deliberato animo non intercesserat: quam ob causam Impp. quod gestum erat, placitum vocent, at non duorum plurium in idem placitum consensum: quasi vero plurium conventio transactionis gratia interposita non sit plurium in idem placitum, aut plurium in idem placitum consensus. Nec vero, ut illi contendunt, scripturæ illic mentio fit, quia ex ea constet transactionem factam certo ac præmeditato consilio, sed factam esse omnino, ea autem non interveniente alia probatione sit opus, ut ex textu ipso satis apparet. Et quid quæso refert ad vim obligationis scriptura de negotio aliquo intervenerit, nec ne, dummodo id, quod actum est, probari possit? *l. cum res*, 12. *C. de probat. l. pactum*, 17. *C. de pact. l. 5. C. h. t.* Sed hæc inter pactum & stipulationem differentia jure Canonum sublata est *c. 1. & 3. x. de pact.* utique secundum communem canonistarum sententiam. Sane moribus hodiernis eadem feriæ cujusque pactionis, quantumvis nudæ, vis est, quæ stipulationis; nec pactum minus, quam stipulatio ad actionem prodest: & hoc simplicitari juris naturæ ac gentium omnino convenit, *l. cum amplius*, 84. §. 1. *de reg. jur.* de quo fusius differo *tr. de pact. c. 7.*

2. Vel fit per contractum innominatum do ut des, vel facias: veluti, *do tibi prædium, ut a lite discedas*, *l. si pro fundo*, 33. *C. h. t. remisso actionem, ut mihi partem bonorum des*, *l. 6. C. eod.* Denique quoties simili lege quid datur, aut fit ab uno: quo casu ei qui dedit, aut fecit, in id quod interest, præscriptis verbis actio competit *dd. ll.* nam quoties quid certa lege vel datum vel factum est, quod in utraque specie *dd. ll.* supponendum esse, ratio decisionis satis arguit, pacti natura exceditur, & contractus evadit innominatus, unde civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis exoritur, *l. juris gentium*, 7. §. 2. *ff. de pact. l. si dominus*, 8. *in fin. l. solent*, 15. *ff. de præscr. verb. l. 6. C. de jur. dot.* & huc transferri possunt, quæ nos *tr. de pact. c. 6. n. 5. & 6.*

3. Vel fit per stipulationem Aquilianam, & acceptilationem, *l. 2. l. pacto*, 15. *ff. h. t.* (nam acceptilatio subsequa ur necesse est, *l. 4. l. ut responsum*, 15. *l. si causa*, 32. *C. eod.* idque addendum *d. l. 2. & l. 15. ff. eod.*) & tunc actio ipso jure sublata est, ut omnino amplius moveri non possit, *d. l. 4. d. l. ut responsum, l. sub prætextu*, 19. *C. eod. l. ult. C. Si adv. transact.* Declaremus rem exemplo. L. Titius cum P. Mævio judicio agens centum ab eo petit, Mævius se debere negat. Cum res esset dubia, convenit inter eos, ut Titius acciperet quinquaginta, & a lite discederet. Titius acceptis licet quinquaginta, potest nihilominus altera quinquaginta judicio petere; quoniam pacto transactionis actio ipso jure sublata non est: quamvis id nactum reo pariat exceptionem. Ut autem ipso jure perimatur obligatio, in reliqua quinquaginta actor prius ita stipulabitur: *Quod ultra illa quinquaginta mihi debes*, daturum *te mihi spondes?* & reus respondebit, *Spondeo*, ac mox interrogabit actorem, *habesne acceptum id quod ita novandi animo stipulatus est*, & actor acceptum ferat.

4. Vel fit per stipulationem simplicem, veluti, *Dabis mihi centum, ut a lite discedam?* & tunc actio ex stipulatu datur, *l. cum mota*, 6. *l. si pro fundo*, 33. *C. h. t.*

5. Vel denique pactioni aut stipulationi antecedenti subjungitur etiam pœnalis stipulatio, veluti, *dabo tibi centum, ut a lite discedas. Spondesne ergo te a lite discessurum? & si non discedas, pœnæ nomine ducenta dare spondes?* *l. pact. 15. ff. l. prom. 37. l. si quis*, 41. *C. eod.* & hoc consultius esse scribit Paulus in *d. l. pacto, ff. eod.* nimirum ad evitandam difficultatem probandi id quod interest paciscentis aut stipulantis, si promissis non stetur, §. *ult. Inst. de verb. oblig.* hoc autem casu si, actor acceptis centum, ut a lite discederet, non desistat, sed litem adhuc moveat, liberum erit reo alterutrum facere, nempe per exceptionem pacti se tueri adversus agere

agere volentem, vel pœnam in stipulationem deductam petere: non autem simul & ex eptione transactionis uti potest, & petere ducenta pœnæ nomine, nisi expressim convenesit, ut rato manente transactionis placito etiam pœnam petere liceat, *l. pen. ff. h. t.* nam tunc ex voluntate transigentium utrumque recte petitur. At ubi nominatim id non convenit, non est æquum, ut simul & ex stipulatione pœnali commodum ferat, sed alterutro contentus esse debet, *l. rescriptum*, 10. §. 1. *ff. de pact. l. si pacto*, 14. *C. eod. l. si pater*, 12. §. 2. *ff. de pact. dot. l.* 4. §. *Labeo*, 7. *de excepto, dol. mal.* fac. *l. si quis*, 129. *de verb. obl.* Atque hinc explicandum & temperandum responsum Scævolæ in *l. qui Romæ*, 122. §. *ult. d. tit.* ut recte ibid. Cujac. Duar. Donell. idem Cujac. in *l. rescriptum*, §. 1. post Gloss. Bart. &c. *de pact.*

6. Plane si jurata sit pactio vel transactio, & contra eam factum, placet cum cujus interest, odio perjurii utrumque consequi posse & præterea qui fidem rupit, notatur infamia, *l. si quis major*, 41. *C. h. tit.* & ibi DD. quæ nova est Arcadii & Honorii constitutio perjurium arbitratu suo punientium, sed nostris & Gallorum moribus pœnæ hujus constitutionis non observantur, testib. Syp. *not. jur. Belg. de pœn. vers. pœn.* Autumn. *ad d. l.* 41. Groenevv. *ibid.* & aliis illic allegatis.

7. Casus nonnihil diversus est, qui proponitur in *l. cum proponas*, 17. *C. h. t.* Nam quod ibi reus, qui dedit, ut actor a lite discederet, actore litem instaurante, repetere potest, quod dedit id non fit vi stipulationis pœnalis, sed quia causa ob quam datum erat, secuta non est, unde danti condictio ob causam dati re non secuta, quam habet etiam sine stipulatione pœnali, *tit. ff. de cond. ca. dat. & C. de cond. ob ca. dat.* utique enim si nolint exceptione transactionis uti, neque in factum præscriptis verbis agere, poterit repetere quod dedit, *l.* 5. §. 1. & 2. *ff. de præscr. verb.* Quod si reus stipulatus sit, ut actore fidem non servante, possit & exceptione transactionis uti, & simul data repetere, hæc est illa stipulatio pœnalis, de qua in *l. cum proponas, C. h. t.* cujus vis in eo posita, ut utroque auxilio reus, si velit, fruatur. Vid. Hotom. *in d. l. cum proponas, & q. illustr.* 20.

8. Porro aut pure fieri transactio potest, aut sub conditione, *l. si super*, 9. *C. h. t.* & tam verbis generalibus, quam specialibus: neque enim necesse est eum, qui transigit, negotia omnia aut lites recitare, *l. sub prætextu*, 29. *l. si de certa*, 31. *C. eod.* nec refert interdiu, an noctu fiat, *l. non minorem*, 2?. *C. eod.* in judicio, an extra judicium, *l. fixo apud*, 28. *C. eod.* scriptura interveniente, nec ne, sive ut belle Græci, ἐγγράφως ἢ ἀγράφως, *l.* 5. *d. l.* 28. *C. eod.* Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 10. §. 2. Etenim scripturæ fieri solent, ut quod actum est, facilius probari possit: cæterum & sine his valet, quod actum est, si habeat probationem, *l.* 4. *ff. de pignorib. l.* 4. *ff. de fid. instrum.* Quod si per simulationem aliquid a transigentibus expressum est, quod in scriptura contineatur, id quod inter eos actum est magis, quam quod scriptum est, inspiciendum erit, *l. cum ea*, 21. *C. h. t. l. si ex pretio*, 6. *C. si cert. pet. tot. tit. C. plus val. quod agit. quam quod simul. conc.* In transactione de alimentis forma & solemnitas oratione D. Marci præscripta, observanda est, quæ extat in *l. cum hi*, 8. *ff. hoc tit.*

CAPUT III.

Qui transigere possunt.

1. TRANSACTIO est ex genere prohibitorum: quamobrem sic recte definiemus, posse omnes transigere, qui natura aut jure non prohibentur, *arg. l. mutuo*, 43. §. 1. *ff. de procur. l. nec non*, 28. §. 2. *ff. ex quib. ca. maj.* & quoniam transactio, est ex conventione, & consensu, hinc intelligimus eos, qui nullum intellectum aut animi judicium habent, transigere non posse, quales sunt furiosi, mente capti, infantes, *l. in negotiis*, 5. *de reg. jur. l.* 1. §. *furiosus*, 12. *ff. de obl. & act.* §. *pupillus*, 9. *Inst. de inut. stip.* Nemo autem ob morbum corporis transigere prohibetur, dummodo mente sanus sit, *l. sanum* 27. *C. hoc tit.* fieri enim potest, ut morbus usque ad animum quoque penetret, mentemque sic afficiat invaletudo corporis, ut ipsa sibi non constet, *l.* 1. §. 9. *l.* 4. *ff. de ædil. edict.*

2. Sed neque pupillum infante majorem aut pubertati jam proximum transigere sine tutoris auctoritate posse existimo. Nam etsi ejus ætatis pupilli recte paciscantur, ne quod debent, a se petatur, & tale pactum jure valeat, *l. contra*, 28. *pr. ff. de pact.* tamen nec promittendo se obligare, nec remittendo alios liberare possunt: sine quibus tamen transactio nulla est, *l. transactio*, 38. *C. h. t.* Nec obstat, quod hujusmodi transactio, quatenus pupillis prodest, favore ætatis sustinetur: nam & ætatis favore sustinetur sententia pro minore lata in specie, *l. non eo minus*, 14. *C. de procur.* quamvis revera & inspecta ratione juris nulla sit. Sic etsi nulla venditio est earum rerum, quæ commercio exemptæ sunt, *l.* 6. *l. si emptione*, 34. §. 1. *ff. de contr. empt.* tamen si quid eorum deceptus a venditore emero, placet hactenus emptionem subsistere, ut actione ex empto consequar, quod mea interest deceptum non esse, §. *ult. Inst. de empt. & vend.* & ita cape *l.* 4. *ff. d. tit.*

3. Plane dicimus, ne puberes quidem curatores habentes sine consensu ejus recte transigere, quoniam transactio in plerisque instar alienationis est: certi vero atque explorati juris est, minores non posse absque curatorum consensu res suas alienare. Utique litem remittere, aut dare aliquid, ut a lite discedatur, speciem continet alienationis, & ad jus administrandi pertinet, quod minoribus curatorem habentibus dega-

nega-

negatum esse constat. Itaque hoc solum hic quærendum relinqui videtur, an non saltem minoris transactio sine curatore facta, non dato aliquo aut remisso, sed promisso tantum, ipso jure valeat, atque ex hac promissione sua civiliter minor obligetur? Sed ne hoc quidem admittendum censeo: neque enim magis in minore id admittere possis, quam in eo, cui a prætore curator daro bonis interdictum est; quippe cujus & minoris curatorem habentis parem in contrahendo conditionem faciunt Impp. in *l. 3. C. de int. rest. min.* sicut autem certum est prodigos promittendo se obligare non posse, *l. is cui*, *6. ff. de verb. oblig.* & ibi Gloss. & DD. ita non minus pro certo habendum, transactionem qualemcunque a prodigo interpositam nullius esse momenti, atque ea communis est usuque recepta sententia prolixius a nobis defensa *tr. de pact. c. 13. n. 13. & seqq.* Minores vero sine curatore constituti transigere quidem possunt, valet ipso jure talis transactio: sed si intra tempora legitima se læsos esse probaverint, causa cognita in integrum restituuntur, *d. l. 3. C. de in int. rest. min. & tit. C. si advers. transact.* Quare quod legitima ætas in transactione requiritur, *si major*, *22. l. si majores*, *25. C. hoc tit.* id eo pertinere sciendum est, ut forte ob ætatem postea rescindatur transactio, sed ut rata maneat, eamque sequatur plenissima securitas. Quamobrem in universum sic definire licebit, neminem jure & efficaciter transigere posse, nisi qui liberam habeat rerum suarum administrationem.

4. Cæterum sunt etiam, qui alieno nomine recte transigunt, & quidem quin is transigere possit, cui specialiter mandatum est, ut transigat, nemo, ut puto, dubitat. De procuratore quoque in rem suam constituto sive cui cessa aut mandata est actio, dubitandum non est, quin transigere ac decidere cum adversario possit, cum possit & jusjurandum deferre, *l. jusjurandum*, *17. in fin. ff. de jurejur.* adeoque domini loco habeatur, *l. sed si*, *13. §. 1. ff. de pact. l. procuratori*, *55. ff. de procur.* ut magis in propria causa, quam aliena transigere videatur, *l. qui stipendia*, *19. C. de procur.*

5. Sed procurator ad agendum vel defendendum datus transigere non potest, nisi litis quoque decisio specialiter ei mandata fuerit, *l. transactionis*, *7. C. h. t. c. qui ad agendum*, *x. de proc. in 6.* fines enim mandati diligenter custodiendi sunt, *l. 1. ff. mand.* at qui transigit, litem non movet, sed finit, unde nec mandato generali contineri transactionem decidendi causa interpositam responsum est, *l. mandato*, *60. ff. de proc.* hoc est, ut ego interpretor, atque ex ipso textu elicere videor, ne is quidem, qui simpliciter aut generaliter procurator ab aliquo constitutus est, etiam transigendi licentiam accepisse intelligitur, sed litium duntaxat exercendarum potestatem; ut proinde irrita sit & hujus procuratoris transactio citra speciale mandatum, aut ratihabitionem mandantis; quæ etiam Euguin. Baronis in *d. l. mandato*, & Franc. Duaren. *c. 1. ad h. t.* sententia est. His porro & illud consequens, nec actores defensoresve civitatis, municipii, aut corporis alicujus transigendi potestatem habere, extra quam si speciale ad hoc mandatum habeant: & argumento est, quod nec aliter jusjurandum deferre queant, *l. jusjurandum*, *34. §. 1. ff. de jurejur.*

6. At vero procurator, cui generaliter libera bonorum omnium administratio commissa est, transigere, aliaque omnia facere & audacter administrare potest, quæ communis ipse faceret si præsens adesset, *l. procurator*, *58. ff. de procur. l. nam & nocere*, *12. ff. de pact. l. jusjurandum*, *17. §. ult. ff. de jurejur.* nec interesse putamus, utrum simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo *libera*: nam & illi libera & neutri amplius, quam administratio permissa est: quodque uni licet alteri quoque licere ex collatione *d. l. procurator, & d. l. nam & nocere*, multarumque aliarum, quas congessimus in *comment. ad §. nihil autem*, *42. Inst. de rer. div.* manifeste apparet, add. Duar. *ad l. 1. §. per procuratorem*, *20. ff. de acq. poss.* Don. 4. *comment.* 15. Vaud. 1. q. 47. ubi tritam illam distinctionem inter procuratorem omnium bonorum simplicem & cum libera, ut commentitiam merito improbant. Neque tamen cum dicimus eum, cui rerum omnium libera administratio permissa est, transigere posse, hoc sic accipi volumus, ut possit etiamsi paratas habeat probationes, quibus id, quod intendit, aperte queat ostendere: sed ut possit, quando probationes ei deficiunt, & in causa domini plane dubia atque incerta. In levi autem dubio, aut te, licet non usque certa, modico forte accepto a lite discedere non debet, & multo minus gratis remittere, quod domino deberi probe & plene docere potest: hoc enim non tam administrare est, quam profundere & dissipare, *l. 7. ff. de donat.* & huc fac. arg. ex *contra juris*, *31. in fin. de pact. l. pactum*, *22. C. eod. l. præses*, *12. C. h. t. l. tut. 35. pr. ff. de jurejur. l. Lucius*, *46. §. ult. ff. de adm. tut.* unde temperandæ atque explicandæ *l. 21. ff. de pact. l. jurejur. 17. §. 2. ff. de jurejur.* & si quæ similes.

7. Idem juris, quod habet generalis omnium rerum procurator, habent & tutores & curatores: nam & ipsi de re pupillorum & adolescentium recte transigunt, *l. Lucius*, *46. §. ult. ff. de adm. tut. l. si pignus*, *54. §. ult. l. interdum*, *§. 4. ff. de furt.* non aliter tamen, quam si jus illorum obscurum & valde dubium sit, nec probationes suppetant, per *l. tutor*, *35. ff. de jurejur.* aut si forte alias nihil sint consecuturi. Decidendi inquam, non deminuendi causa, *d. l. Lucius*, *§. ult.* Itaque recte Gail. 2. *obs.* 72. cum de-

demum ait valere transactionem tutoris, quando de justitia pupillorum plurimum dubitarur: aut cum forte sumptus in exigendo & lite persequenda faciendi, excessuri sunt ipsius debiti quantitatem: nam & in dubio litis exitu præstat partem accipere, quam periculum amittendi totius subire; & satius est accepto aliquo a lite discedere, quam majores toto quod consequi possis, impensas facere. Illud in confesso est, si per transactionem tutoris aut curatoris res pupilli aut adulti immobilis, aut quæ mobilis ex earum numero, quæ recensentur in *l. lex, quæ.* 22. *C. de adm. tut.* in adversarium transferenda sit, eo casu etiam judicis decretum interponendum esse, *d. l.* 22. *l.* 4. *C. de præd. & al. reb. min. &c.* In eadem causa sunt & administratores civitatum, qui & curatores appellantur. Nam & illis permissum est de re civitatis dubia liteque incerta transigere: rem autem certam atque indubitatam frustra remittunt, *l. præses*, 12. *C. hoc tit.* ubi hujusmodi remissiones a curatoribus civitatis factæ, ambitiosæ vocantur, & merito: non enim dubium est, quin eo facto affectent laudem liberalitatis aut splendoris, aliosque sibi cupiant gratia & beneficio demereri: ambitio enim gratiam & favorem significat, *l.* 3. *C. de execut. rei jud.* apud Cic. *lib.* 13. *epist.* religiose & sine ambitione commendare, est commendare sine favore: apud Mecianum, *l. serv.* 65. §. 2. *ff. ad Sen. Treb.* ambitiose jubere restitui, est gratiose & favorabiliter, *χαριστικῶς*, decurionum decreta varia ratione per gratiam expressa, ambitiosa appellat Ulpian. *l.* 4. *de decr. ab ord. fac.* ut & decreta præsidum, quibus ante legitimam ætatem adolescentibus rerum suarum committitur administratio, *l.* 3. *ff. de minor.* Objicit huic sententiæ Accursius rescriptum Severi & Antonini in *l.* 5. *C. de usur.* ubi tamen nihil simile.

8. Ajunt illic Impp. adversus creditorem, qui per certos annos minores usuras, quam cautæ erant accepit, majores postea petentem, utilem esse exceptionem pacti: idque non tantum locum habere in privatis creditoribus, verum etiam adversus rempublicam sive civitatem, si forte defensores civitatis minores usuras longo tempore acceperint. Non ajunt, si id factum sit ab administratoribus, syndicis, aut curatoribus civitatis, quorum negligentia aut factum, extra id quod eis mandatum est, rempublicam obligare non potest, *l. civilitas*, 27. *ff. de reb. cred.* sed si id fecerint civitatis defensores, id est, ipsi magistratus, qui totum reipub. corpus repræsentant, & quorum proinde negligentia, vel etiam ambitio civitati quoque quæ privatorum & communi jure hic utitur, *l.* 16. *ff. de verb. sign. l. nihil interest*, 15. *ff. de senat. Maced.* nocere queat.

9. Defensores autem civitatum passim in constitutionibus appellari ipsos civitatum magistratus, qui Græcis ἔκδικοι ἢ ἐρχαιοι dicuntur, *l. Θεσπίζομεν*, 30. *C. de episc. aud.* satis nunc constat *l.* 2. *C. de annal. except.* §. *nos autem*, *Inst. de Atil. tut. & tot. tit. C. de defens. civ.* Hoc vero discrimen cum Accursius & Accursiani interpretes non observaverint, magno molimine magnas nugas commenti sunt, ut videre est apud Sichard. in *d. l. præses*, *C. hoc t.* An autem in casu hic proposito petenti reipublicæ concedenda sit in integrum restitutio, non est quæstio hujus loci, vid. Fort. Odd. *p.* 1. 4. 3. *art.* 9. *& ibi alleg.* Sichar. in *l.* 4. *C. quib. ex caus. major.*

10. Procurator autem Cæsaris sive Principis, qui & rationalis, omnino transigere non potest: ac ne eo quidem casu quo rerum omnium procurator privati, aut curator civitatis de re domini aut civitatis recte transigit; id est, nec si jus principis ambiguum & obscurum esse constet, nisi specialis accedat Principis consensus: sic enim intelligenda puto verba Æmilii Marci in *l. nulli*, 13. *ff. h. t. nulli procuratorum Principis inconsulto Principe transigere licet*; id est, sine speciali Principis mandato. Excipiunt Glossa, Bart. Jas. nisi transigendo rem dominicam retineat, & tantum aliquid aliud vicissim det: quia utique meliorem Principis conditionem facere potest, per *l.* 1. §. 1. *ff. de off. proc. Cæs.* quam exceptionem probat & Perez. in *C. h. t. n.* 4. Sed quid interest, rem, de qua controversia est, rationalis remittat, & aliud vicissim pro ea accipiat; an rem ipsam retineat, aliud vicissim det? Nam & hoc modo transigendo alienat, quod ei nullo modo permissum sine expresso consensu Principis, *d. l.* 1. §. 1. *ff. de offic. proc. Cæs.* Præstat itaque rejecta ista exceptione jus transigendi procuratori rei dominicæ simpliciter denegare cum Baldo, Castrens. Duar. nisi ad hoc speciale mandatum habeat: maxime cum ita serviamus etiam verbis jurisconsulti in *d. l. nulli*, *h. t.* quod in re dubia melius esse docet Ulp. *l.* 5. §. *licet autem*, 20. *ff. de exerc. act.* Enimvero si rationalis transigendo utiliter rem Principis gesserit, dubium non est, quin eam transactionem ratam habere Princeps possit. Sed hoc nihil ad propositum facit, cum & pupillorum & minorum curatorem habentium transactio, quatenus sibi prosunt, sustineatur, ut dictum supra circa initium hujus cap.

11. De illo non satis convenit an & quatenus patris de rebus filii transactio procedat & filio obsit. Et de bonis filii emancipati patrem transigere non posse Ulpian. in *l. de re*, 10. *ff. h. t.* respondet: nec mirum, cum filius emancipatus extranei loco habeatur, §. 3. *Instit. de hær. qual. & diff.* nemo autem de rebus extranei transigendi jus habet sine ejus mandato, *l.* 3. *pr. ff. hoc tit. l. si unus*, 27. §. 4. *ff. de pact.* qua de causa nec matris transactio liberis obest, nempe quia liberi matri extranei sunt, *d.* §. 3. *Inst. de hered. qual. l.* 5. *ff. de adopt.* junct. *d. l.* 27. §. 4. Sed & filius emancipatus, ut quivis alius paterfamilias pleno jure bona possidet, *l.*

5.

paterf. 182. *ff. de verb. sign.* Utique tamen si filius emancipatus in prima adhuc ætate sit constitutus, pater, utpote qui legitimam ejus tutelam ex emancipatione nanciscitur, idem jus circa transactionem de rebus filii emancipati habet; quod cæteri tutores, & ita temperanda *d. l. de re*, 10. *ff. h. t.* Quid si filius sit in potestate? Distinguenda sunt peculia; nam in castrensi & quasi castrensi peculio filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *l. 2. ff. de SC. Maced. l. ult. C. de inoff. test.* ac proinde patri hic nullum jus. Ex contrario peculium profectitium pleno jure est patris, & ideo de eo, tamquam de re propria, recte transigit. De bonis vero adventitiis ita statuendum. Quorum bonorum adventitiorum usus fructus ad patrem pertinet, de his quoque bonis transigere pater potest. Ratio est, quia pater non modo horum bonorum usumfructum habet; sed etiam legitimam administrationem, *l. ult. C. de bon. quæ lib. in potest.* Et quidni igitur idem hic jus patri ut administratori, concedatur, quod cæteri tutores & curatores habent in rebus eorum, quorum tutelam aut curam gerunt, ut scilicet etiam transigere pater de bonis istis filii in causa dubia liteque incerta possit, ita, Accurs. *in d. l. de re, & cæteri ibid.* & in *l. præses, C. eod.* Non moveor objectione Cujacii, quod hoc admisso fieri possit, ut transactione fructuarii lædatur proprietas, quæ filio competit. Quid enim, an autori potius aut curatori concedendum, ut pupillo aut minori plenam intervertant proprietatem? Præterea & patris hæc administratio privilegiata est: nam tutores & curatores pro administratione sua cautionem præstant, *tit. ff. rem pup. salv.* pater non præstat, *d. l. ult.* §. 4. *C. de bono quæ lib.* quod haud dubie constitutum est ob reverentiam paternæ potestatis, & juris antiqui, quo proprietas quoque illorum bonorum patri quærebatur. Nemo igitur mihi dicat eum, qui plus præstat cautionis, etiam plus juris habere debere: nam etsi hoc procedit in personis ejusdem conditionis, minime tamen locum habet, ubi aliquid est in una persona, quod vel exæquet vel etiam superet qualemcunque cautionem alterius, ut in specie, quam hoc loco tractamus. Est tamen hic adhibenda distinctio aliqua ex *d. l. ult.* §. 3. videlicet, ut si filius sit justæ ætatis, tunc etiam filii consensus in litis transactione adhiberi debeat, sicut & in movenda actione; sin minus, patris solius sufficiat: qua distinctione etiam Cujacius in *d. l. de re ff. h. t.* uti debuerat, non simpliciter filii consensum exigere. Superfluum jam & ineptum esset monere hic, non aliter patris super re filii propria transactionem procedere, quam si ex justa causa & bona fide transactio fiat, quod nonnulli faciunt, inter quos & Borcholt. *c.* 4. *n.* 11. *ad hunc tit.* Nam qui super re plane dubia & probationibus deficientibus aut cum consensu ejus, cujus res est propria, transigit, non potest non videri bona fide & justa ex causa transigere. Illud non ex certa aliqua & explorata auctoritate juris, sed ex communi interpretum sententia & probabili ratione receptum est, ut quamvis tutorum & curatorum de rebus pupillorum vel adultorum immobilibus, iisve mobilibus, de quibus Constantinus in *l. 22. C. de adm. tut.* transactio sine interpositione decreti magistratus non procedat, patre tamen de bonis filii adventitiis, ut fructuario & simul legitimo administratore, transigente decreto non sit opus. Jas. & alii in *l. præses*, 12. *C. h. t.* Gail. 2. *obs.* 72. *num.* 14. quam sententiam & Bachovius probat *cap.* 3. *de transact.*

12. Postremo & illud quæsitum est, an vasallus de feudo transigere possit, inconsulto feudi domino. Et video plerisque placere hanc distinctionem, ut siquidem vasallus ipse feudum possideat, tunc sine consensu domini non possit neque in totum neque pro parte illud in alium decidendo transferre; ab alio vero possessum possit relinquere possessori. Tiraq. *de retract. gentil. tit.* 1. §. 1. Gloss. 14. *n.* 66. Clar. §. *feudum*, *q.* 38. Wes. *cons.* 70. *n.* 13. Broncholt. *de feud. c.* 8. *n.* 44. Cæterum hanc distinctionem non videntur pati posse textus in *c. un. de contr. inv. vasall. & al. de ben. &c. si vasallus de benefic. si de feud. def. contr.* quibus locis permittitur vasallo transigere cum adversario etiam in præjudicium domini & sine ejus consensu, dummodo fraude careat transactio: idque non modo si agat vasallus, verum etiam si conveniatur: quo tamen posteriore casu nihil in præjudicium domini vasallus facere potest, nisi in actorem feudum ipsum aut partem feudi transferat: nam rei non feudalis alienatio sicut jus domini omnino non lædit, ita nec consensum ejus ullo modo desiderat. Quamobrem rectius forsassis illi sentiunt, qui potestatem de feudo transigendi vasallo simpliciter concedunt, dummodo transigat bona fide & sine collusione; rejecta etiam illa aliorum distinctione, utrum transactio cum alio convasallo, an cum plane extraneo interponatur, Alvarot. *in d.* §. *un. vers. nota quod vasallus.* Curt. *de feud. part.* 4. *caus.* 41. *q.* 7. Zas. *p.* 9. *de feud. alien.* Duar. §. 12. *num.* 10. Schenck. *in d.* §. *si vasallus*, add. *decis. cur.* Holland. 7.

CAPUT IV

De quibus rebus transigere possumus.

SUMMARIUM.

1. *Ut procedat transactio vel metus licet sufficit, ubi explicatur lex* 65. §. 1. *de cond. ind.*
2. *Transactio per calumniam expressa non valet.*
3. *Quacumque ratione res dubia fit, etiam citra*

tra litem aut metum litis, procedit transactio.

4. *L. si de certa, 31. C. h. t. exposita.*
5. *De re judicata frustra transigitur.*
6. *Explicatur l. si causa, 32. C. h. t.*
7. *Quid si sententia jure non subsistat.*
8. *Quid si ab ea appellatum sit, aut appellari possit, aut in dubium vocatur, an judicatum.*
9. *Quid si restitutio in integrum impetrata, aut postulata adversus sententiam: ubi quædam notabilia in praxi.*
10. *Quid si super instrumento guarantigiato, post rem jurejurando decisam, post confessionem judicialem, transactio interposita.*
11. *Transactionem admittunt actiones omnes, tam in rem, quam in personam, etiam præjudiciales: ubi quædam non ubique obvia.*
12. *An transactioni locus in causis matrimonialibus.*
13. *Etiam quæ ex maleficio nascuntur actiones, cum civiliter agitur, transactionem admittunt, ubi nonnulla, quæ hactenus non satis explorata.*

1. OBjectum sive materia transactionis sunt res dubiæ & litigiosæ, de quibus scilicet vel nunc lis sit, vel in futurum esset possit, aut metuatur, *l. 1. ff. l. 2. C. h. t.* nam litem motam esse nihil necesse est: satis est, si esse potest, & reus ob id aliquid dederit, aut caverit, quia lis metuebatur, exempl. *in d. l. 2. C. h. t.* atque ita quoque nonnulli accipiunt, quod dicitur in *l. summa, 65. §. 1. ff. de cond. indeb. quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur*, sed melius alii cum Accursio verbo *res* istic debitum intelligunt, quasi JC. dixisset, licet debitum nullum fuerit, dummodo lis fuerit; hoc enim est, quod mox sequitur, *nam si lis fuit, &c.* cui ex aliis locis addendum, *aut timor futuræ litis*, utique quod transactionis causa datum est, tanquam indebitum repeti non posse, non uno loco traditum est: *l. 2. C. de cond. ind. l. si non 6. C. de jur. & fact. ign. l. si transactionis, 11. C. de non num. pec.* quippe cum non minor sit vis transactionis, quam rei judicatæ, *l. non minorem, 23. C. h. t.* quod autem ex causa judicati solutum est, jure condictionis non repetitur, *lib. 1. C. de cond. ind. l. si fidejussor. 29. §. penult. ff. mand.*

2. Plane si per evidentem calumniam transactio sit expressa, seu is qui sciens nihil sibi deberi, aliquid extorsit terrore litis, ut ab ea desisteret, tunc & transactio inspecto exitu nulla est & repetitio datur, *c. l. in summa, §. 1. ff. de cond. ind. l. cum hi, 8. §. si cum iis, 20. ff. h. t.* quia non tam transactio, quam sordida concussio facta intelligitur, *l. 1. §. pen. de calumn.* Duar. *c. 2. ad hunc tit.* Tulden. *ad Cod. hoc tit. num. 1.*

3. Sed & porro licet neque moveatur lis, neque metuatur, si tamen alia ratione res dubia & incerta sit, transactio valet; velut si spes fideicommissi propter incertum conditionis modico præsente accepto remittatur, *l. 1. C. de pact. l. de fideicommissi, 11. C. h. t.* Idem est, si cui ususfructus relictus sit, aut salarium annuum homini honestioris loci, quia incertum vitæ tempus rem aut quantitatem incertam facit, *l. cum hi, 8. si in annos, 23. ff. h. t.* Quamobrem somnium mihi obrepsisse videtur D. Zoesio, *ad h. t. n. 15.* neganti res dubias ex alia causa, quam propter litem, ponere transactionis materiam. Eadem ratione & de alimentis relictis liceret transigere, quoniam nescitur, quamdiu alimentarius victurus sit. Sed alia ratio D. Marcum movit ne hic permitteret transactionem sine auctoritate, *l. 8. pr. ff. h. t.* de quo postea uberius.

4. De re autem certa sive de negotio, de quo nullum dubium est, nec lis, nec metus litis, transactio interposita nullius momenti est. Neque obstat *l. si de certa re, 31. C. hoc t.* nam per rem certam, non quæ dubia non sit, sed non aliquam unam *μίαν αἰτίαν*, non *πρᾶγμα δῆλον*, Imperatores eo loco intelligunt, & transactione non nisi ad eam rem, de qua agitur, pertinere rescribunt, etsi verbis pacti, *nihil amplius peti*, adjectum non sit, *eo nomine*: quia nimirum id semper considerandum, quod actum est, *l. semper, 34. de reg. jur. l. qui tum, 9. in fin. ff. hoc t.*

5. Quoniam igitur nulla transactio est nisi rei litigiosæ aut dubiæ, consequens est de re judicata transigi non posse; utpote quæ finem controversiæ inter partes facit, litemque dirimit, *l. eleganter, 23. §. 1. ff. de cond. ind. l. si causa, 32. C. h. t.* junct. *l. 1. de re jud.* Non est contrarium, quod imperatores in *d. l. si causa*, addunt, *si non Aquiliana stipulatione & acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti.*

6. Potest enim stipulatio Aquiliana & acceptilatio donandi causa fieri, & per eam jus liquidum remitti, *l. & uno, 18. §. 1. ff. de accept. §. 1. & 2. Inst. quib. mod. toll. obl.* quod cum fit, non transactio est, sed pura liberalitas: non minus, quam si pacto res certa & indubitata remittatur, *l. 1. ff. h. t.* imo vel magis, quia pactum tantum ad exceptionem prodest; acceptilatio etiam ipso jure obligationem actionemque tollit. Quis vero est, qui non risu dignum judicet in hunc modum argumentatem: actio rei judicatæ per stipulationem Aquilianam & acceptilationem perimi potest: Aquiliana stipulatio & acceptilatio in transactione locum habent, *l. 2. l. pacto, 15. h. t.* Ergo transigi potest super re judicata. Quamobrem nescio quid Donello in *d. l. si causa*, in mentem venerit, qui sine ulla necessitate contra perpetuum Latini sermonis usum hæc rescripti verba, *si non acceptilatione*

tione competentem tibi actionem peremisti, non pro conditione accipienda esse contendit, sed pro ratione ejus, quod consulenti responsum fuit; quasi scriptum esset, *quia non peremisisti*, & qui hoc probari potuit D. Perezio *ad hunc tit. C. n. 6.* Plana est rescripti sententia, nimirum post rem judicatam, quæ neque appellatione, neque in integrum restitutione suspensa sit, transigenti salvam manere judicati actionem, nisi eam interposita stipulatione Aquiliana, & secuta donationis causa acceptilatione peremerit: quippe quæ & pacto ex liberalitate remitti potest. Paul. *1. sent. 1. §. ult. Post rem judicatam pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non oportet.* Et recte igitur etiam Græci sub hoc tit. in Basil. *τοιγαροῦν εἰ μὴ δωρεᾶς αἰτίᾳ ἐπιγεννηθῇ καὶ ἀπέχῃς καὶ ἀμφισβητήσεις ἐπανελθεῖν τὴν ἁρμόζουσάν σοι ἀγωγήν*, &c. eodemque modo rescriptum istud explicant. Accurs. Salic. Jas. & alii. Myns. 4. *obs.* 47.

7. Cæterum ut transactio post rem judicatam interposita intelligatur nullas vires habere, necesse est, ut sententia jure subsistat, *d. l. eleganter*, 23. §. 1. *ff. de cond. ind* nam ubi sententia non valet, nec judicatum intelligitur, *l.* 4. § *judicatum*, *ff. de re jud. l. 4. C. de sent. & interloc.* veluti si sententia non contineat absolutionem aut condemnationem, *l. 3. C. d. tit.* si a non competente judice lata sit, *l. 6. §. quid si*, 10. *ff. de injust. rupt. l. 1. §. ult. ff. ad Tertull.* si manifestum errorem contineat calculi, *lib.* 1. §. 2. *ff. quæ sent. sin. app. resc.* si sine certa quantitate prolata, *tit. C. de sent. quæ sin. cert. quant.* si pronuntiatum sit causa non cognita, *l. ex stipulatione*, 7. *de sent. & interloc.* unde exempli gratia in *d. l. si causa*, 32. *C. hoc tit.* exigitur, ut sententia prolata sit causa cognita. Denique ne singula commemorem (quod non est hujus loci) ipso jure nulla est sententia, ac proinde non impedit, quominus adhuc transigi possit, quæ lata est contra leges constitutionesve principum, *l. 2. C. quand. prov. non est nec*, *l. 1. §. 2. quæ sent. sin. arg. l. si expressim*, 19. *ff. de appell.* ubi, ut hoc obiter moneam, rigor rectitudinem significat, ut apud scriptores de limitibus; & *contra juris rigorem*, J. C. idem est quod contra tenorem & formam juris sicut apud Quintillianum, *l. 9. c. 3. rigor orationis*, pro tenore perpetuo sui simili.

8. Sed nec satis est sententiam jure prolatam esse, nisi & effectum habuerit, atque, ut vulgo nunc loquuntur, transierit in vim auctoritatemve rei judicatæ. Nam si a sententia appellatum sit, placet adhuc transactioni esse locum, *l. & post*, 7. *ff. l. si causa*, 32. *C. h. t. l. eleganter*, 23. §. 1. *ff. de cond. ind.* & recte: nam per appellationem res eo deducitur, quasi nec judicata sit, & præcedens pronuntiatio interim pro extincta habetur, *l. 1. §. ult. ff. ad SC. Tertull.* Et sic hodie licet sententia lata sit a judice, a quo non provocatur, puta a Curia supremæ jurisdictionis sive provocationis ultimæ, adhuc post revisionem impetratam de ea sententia recte transigitur: quia revisio speciem appellationis continet, Bus. *ad d. l. post*, *ff. h. t.* Quinimo etsi nondum appellatum sit, dummodo appellari adhuc possit, nihilominus tamen de judicato transigere licet, *d. l. & post*. Eo amplius, si vocetur in dubium, an judicatum sit, an sententia valeat, an provocari possit, nec ne, transactio adhuc fieri potest, *l. post rem*, 11. *ff. h. t. d. l. eleganter*, §. 1. *ff. de cond. ind.* Unde apparet omnino adhuc transigi posse post causæ conclusionem; quia etiam tunc adhuc est dubius litis eventus.

9. Porro cum quod jure communi appellatio facit, id in persona minorum efficiat restitutio in integrum, *l. præses*, 42. *ff. de min. tit. C. si adv. rem jud.* ideo consulto Impp. in *d. l. si causa*, 32. *C h. t.* addunt, *vel in integrum restitutionis solemnitate sententia suspensa non est.* Nam restitutione in integrum impetrata, imo & postulata tantum, omnia integra servari & in suo statu manere debent, neque ea pendente quicquam innovari, quasi dubia adhuc lis sit; atque interim executio sententiæ adversus minorem latæ suspenditur, haud secus ac si interposita esset appellatio, *l. un. C. in int. rest. postul. ne quid nov.* junct. *d. l. præses*, *& d. l. si causa*. Excipitur hic jure canonico, si causa restitutionis altiorem indaginem & inquisitionem desideret & æquum videatur sententiam interim executioni mandari, *c. suscitata x. h. t.* At enim ea res non impedit, quominus & hic, utpote in re adhuc dubia & lite incerta, procedat transactio, quippe nec victori eodem jure permittatur sententiam pro se latam exequi, nisi prius idonee caverit, se redditurum, quod vi sententiæ perceperit, si in causa restitutionis obtinuerit adversarius *d. c. suscitata*, quod jus quia summam rationem habet, non modo usu forensi ubique nunc receptum est; verum etiam longius productum, propterea quod plerumque remorandæ executionis gratia restitutiones postulantur. Sande *lib. 1. tit. 8. defin.* 4. Neostad. *decis. 73. super cur. Holl.* Myns. 1. *obs.* 48. & 6. *obs.* 80. Ant. Fab. *C. suo fer. defin. 1. ad tit. de in int. rest.* post Tulden. *ibid. n. 2. & 3.* Christin. *vol. 2. dec.* 137. Duar. *ad hunc tit. cap.* 2. Groenevv. *d. ll. abrog. ad l. tit. C.* & plures illic citati. Ut igitur concludamus cum Ulpiano in *d. l. eleganter*, 23. §. 1. *ff. de condit. ind.* quod rescriptum est, post rem judicatam interpositam transactionem nullius esse momenti, id tunc locum habet, cum de sententia indubitata, & quæ nullo remedio attentari queat, transigitur. Cum autem hodie fere confusa sint pactionum & transactionum nomina, putant quidam non minus transactionem quam pactionem etiam de re judicata, aut alias certa atque indubitata interpositam nunc ratam esse. Autumnus *confer. du droict. ad*

L. 7.

l. 7. §. 1. *hoc tit.* Groenevv. *de ll. abrog. ibi- dem.*

10. De instrumentis guarantigiatis, quæ paratam habent executionem, idem hic statuendum esse, quod de re judicata, censet cum Bartolo & Baldo Busius in *l. post rem*, 7. *n.* 6. *h. t.* quia talia instrumenta instar rei judicatæ sunt certa, nisi quid in iis illiquidum sit, aut nisi super formæ aut fidei defectu sit quæstio, *arg. l. ult. C. plus val. quod agit*, tantundem dicendum est, si res jurejurando decisa fuerit, per *l.* 1. & *l.* 2. *ff. de jurejur.* item de confessione judiciali, quoniam & ea certa est: cum confessi in jure pro judicatis habeantur, & sua quodammodo sententia condemnentur, *l.* 1. *ff. de confess.* nisi forte confessio per errorem facta sit: quia non fatentur, qui errant, *l.* 2. *ff. eod. tit.*

11. Admittunt porro transactionem actiones omnes sive in rem sint, sive in personam; nec tantum actio in rem specialis, *l. si super*, 9. *l. si profundo*, 33. *C. hoc t.* sed etiam universalis, seu qua de universitate agitur, puta petitio hereditatis, *l.* 3. *pr. l. controversia*, 14. *ff. l. ut responsum*, 15. *C. eod.* querela inofficiosi testamenti, *l. cum mota*, 6. *C. eod. l. si instituta*, 27. *ff. de inoff. test.* Item actiones præjudiciales, quibus de statu & conditione personæ agitur (quæ ipsæ in rem esse videntur, §. *præjudiciales. Inst. de action.*) *l. ult. C. hoc tit.* ubi transactio admittitur in causa liberali etiam contra libertatem. Sed nempe transactio illa non interponitur inter dominum & servum (quippe transactio inter dominum & servum consistere nequit: quoniam quod in transactione requiritur, nihil servo, quod ejus proprium fiat, dari potest, *l. interpositas*, 13. *C. h. t.* junct. *l. acquiruntur.* 10. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.*) sed inter dominum & eum, qui servum in libertatem asserebat, ut desistat. Cæterum ex quo Justinianus assertiones sustulit, *l.* 1. *C. de assert. toll.* servus ad libertatem proclamans juxta *d. l.* 1. cum domino transigere posse cœpit, non ut liber fiat, quod pactione effici non potest, *l. ingenui*, 6. *C. de ingen. manum.* sed ne amplius ei de libertate controversia moveatur. Quare & si is qui se dominum dicebat, & transegit, vere dominus sit, valebit tamen adversus eum facta super liberali causa transactio: & potest servus quæsita aliunde pecunia aliquid domino dare, *l. vix certis*, 53. *ff. de jud. l.* 4. *pr. ff. de manumiss.* §. 3. *Inst. de noxal. action.* Ex contrario autem, ut servus maneat, transigi non potest, propter eandem rationem, *l. nec si volens*, 6. *C. de lib. caus.* neque in *d. l. ult. C. h. t.* post transactionem prohibetur nova in libertatem assertio, cum ea etiam post rem judicatam iterari potuit: sed rata interim habetur transactio, id est, tamdiu vis transactionis durat, quamdiu incerta manet personæ ejus, cui controversia status mota fuerat, conditio. At repertis forte postea novis instrumentis quibus nunc libertas probari facile possit, adhuc tamen jus in libertatem asserendi negare durum sane fuerit, & perquam inhumanum in re omnibus aliis favorabiliore. Sed neque Justinianus in *d. l.* 1. *C. de assert. toll.* sustulit licentiam proclamandi in libertatem; sed difficultatem assertorum, & iterationem cognitionis; quippe bis terque repetere licebat, *d. l.* 1. quod & Cicero pro domo sua significat, cum ait, in sola liberali causa rem judicatam referri licere: nempe si contra libertatem judicatum fuerat, non si pro libertate: nam sententia semel pro libertate dicta retractari non potuit, *l. si dolo*, 24. *ff. de dol. mal.* Horom. *ad d. l. ult. C. h. t.* Cujac. *par. C. de assert. toll.*

12. Quæsitum an super causa matrimoniali transactio interposita rata haberi debeat, si forte parentes puellæ & juvenis controversiam inmotam per transactionem voluerint amicabiliter componere. Et siquidem conservandi matrimonii gratia transactio intervenerit, puta ut sponsa maneat sponsa, uxor maneat uxor, placet transactionem valere. Nam etsi antea sponsa non fuit, tamen ex novo isto consensu & transactionis placito sponsa esse incipit: & ita sæpissime matrimonia conciliari solent, patre puellæ majorem forte summam dotis nomine promittente. Et quamvis matrimonia libera esse debeant ab omni metu pœnæ, etiam pecuniariæ, *c. gemma*, 29. *X. de sponsal.* Attamen sæpe fit, ut quis spe lucri ad matrimonium invitetur: textus est notabilis in *l. Titio centum*, 71. §. 1. *ff. de cond. & dem.* Cæterum si transactio ad dissolvendum matrimonium comparata sit, quia forte pater puellæ certam pecuniæ summam promittit, ut juvenis ab actione obtentu matrimonii contra filiam instituta desistat, vel contra: talis transactio merito improbatur propter indissolubile vinculum matrimonii, *c. fin.* & ibi DD. *x. hoc tit. cap. an quod*, &c. *quos Deus*, 33. *quæst.* 2. Schneid. *ad §. item si*, 11. *Inst. de act. n.* 38. Alciat. *in l. ult. C. h. t. sub fin.*

13. In actionibus quoque in personam nihil refert, utrum de una re dubia, an de pluribus contendatur: nam & de negotiis alienis gestis, de administratione tutelæ, sive de actionibus inde nascentibus recte transigitur, *l.* 3. *cum aliquos seqq. C. hoc t.* Imo etsi ex maleficio nascatur actio, licita tamen est transactio, cum civiliter agitur, *l.* 7. *pr. ff. de cond. furt. l. interdum*, 56. §. 5. *de furt. l.* 13. *C. eod.* Licita est, inquam, de maleficio jam commisso: nam si nondum sit commissum & quid detur aut promittatur, ne fiat, aliud juris est, *l. jurisgentium*, 7. §. 3. *l. si unus*, 27. §. 3. & 4. *ff. de pact.* Atque hic transactionis etiam nudo pacto interpositæ interdum ea vis est, ut per eam ipso jure tollatur actio; ut actio furti & injuriarum: quia lex 12. tabb. his casibus paciscì expresse permisit, *l.* 7. §. 14. *l. si tibi*, 17. §. 1. *d. l. si*

d. l. si unus, 27. §. 2. *vers. sed si*, *ff. de pact.* junct. *l. 6. eod.* interdum per exceptionem, ut si transactum sit de actione legis Aquiliæ, aut interdicto unde vi, quatenus privatam causam contingit, *d. l. si unus*, §. 4. *vers. item ne*. Enimvero etsi actio nulla post transactionem superest; si tamen actio ex maleficio talis sit (ut damnatum sequatur infamia, (quales actio furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, & de dolo *l. 1. ff. de his qui notant. infam. Instit.* §. 2. *de pæn. tem. litig.*) reus, qui transigit pretio dato, liberatur quidem ab actore: cæterum notam non effugit infamiæ, *l.* 4. §. *ult. l. 5. l. 6.* §. 3. *dict. tit.* qui textus omnes de pacto transactionis causa facto loquuntur. Quod si quis gratis paciscatur, aut pretio quidem, sed prætore auctore, non notatur, *d. l. 6.* §. 3. *&* 4. Sed & si talis sit actio, ex qua damnatum non sequitur infamia, qualis est actio legis Aquiliæ, & interdictum unde vi, aliudve ex maleficio descendens (nullum enim interdictum famosum est, *l. neque*, 13. *ff. de vi, & de vi arm.*) non notatur infamia, qui cum pretio seu dato aliquo paciscitur, licet sine prætore. Itaque manifeste fallitur Pacius ad *l. transigere*, 18. *C. h. t.* putans de delicto privato gratis tantum pacisci licere non data pecunia. Quod autem diximus eos, qui de actione furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, aut doli mali transigunt, seu pretio dato paciscuntur, infames fieri; id sciendum est pertinere ad transactiones, quæ fiunt post in jus vocationem, ubi jam in jure apud prætorem res agitur, aut litem contestatam pendente judicio. Nam ideo hi infames fiunt, quia pro confessis habentur, *l. 5. ff. de his qui not. infam.* confessi autem pro judicatis, *l. 1. ff. de confess.* Secus igitur erit, si transactio facta sit judicio nondum instituto. Nam si ne vera quidem extrajudicialis confessio facit, ut reus habeatur pro judicato per *l. post rem*, 56. *ff. de re jud. l. un. C. de confess.* multo minus id efficiet ficta: siquidem plus valere fictio non potest, quam veritas. At ficta tantum est confessio, si quis pretio dato paciscatur, *d. l. 5. de his qui not. inf.* quare qui de furto, injuria, rapina, dolo transigit antequam causa apud prætorem aut in judicio tractari cœpta sit, is in ea causa est, ut non notetur infamia. Quidam putant ne eos quidem, qui post acceptum judicium transigunt de his causis ex sola pactione infames fieri: quoniam nec confessi in judicio apud judicem datum pro judicatis habentur, sed pro convictis potius, utpote qui post confessionem etiam sententia judicis adhuc damnari debent, *l. 3. l. 5. l. ult. ff. de confess.* ut hæc confessio non tam judicati, sicut illa, quæ in jure apud prætorem fit, *d. l. 56. ff. de re jud. d. l. un. C. de confess.* quam probationis vim habere debeat. Sed non est absoluta inter hæc convenientia: nam transactio fit sine judice, nec eam sequitur condemnatio: confessio autem fit apud judicem, cujus officium est, ut de ea re, de qua cognovit, etiam sententiam ferat, *l. de qua*, 74. *ff. de judic.* Nec tamen hoc eo pertinet, ut in proposito, puta de furto aut rapina confessus, per sententiam infamis declaretur, aut demum pronuntiatione secuta infamis fiat: sed præcipue respicit intentionem & petitionem actoris, ut judex juxta formulam a prætore datam, maleficio ipsa rei confessione satis probato, in duplum aut quadruplum convictum condemnet: infamia autem a jure est, & dicto notantur furti &c. non solum damnati, sed etiam pacti, *l. 1. l. 4.* §. *ult. & 2. ll. seqq. ff. de his qui not. infam.* §. *ex quibusd. Inst. de pæn. tem. litig.* Et alioqui non melior esset conditio reorum, qui actione famosa ex contractu puta depositi, mandati, &c. conveniuntur, atque eorum, qui ex famoso delicto, contra expressa edicti verba, & *d.* §. *ex quibusd.* Longior fui in re non satis explorata: quamquam mores hodierni nonnihil diversi, vide Groenevv. *de ll. abrog. ad* §. *ex quibusd. Inst. de pæn. tem. litig.* De majoratu an transigi possit, vide Gomes. *ad l. Tauri* 40. *n.* 86.

CAPUT V.

De transactione facta super his, quæ testamento relicta.

SUMMARIUM.

1. *De controversiis ex testamento descendentibus transigi non potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti, & quare.*
2. *Occurritur Cujacio & Ferreto, atque exponitur l. 1. §. 1. testam. quem ap. adminiculante Græcorum auctoritate.*
3. *Declaratur, l. 12. ff. h. t.*
4. *Quid si transactio facta non adjecta clausula,* cognitis verbis &c.
5. *Exponitur l. Lucius, 78. §. ult. ff. ad SC. Trebell.*
6. *Quid juris, si quæstio oriatur ex testamento nuncupativo.*
7. *Quid si transigentes inspectioni tabularum renuntiaverint.*
8. *Quid juris, si huic renuntiationi accesserit jusjurandum.*
9. *An sufficiat generalis renunciatio, saltem jurata.*
10. *An gratis pacisci liceat de hujusmodi controversiis non inspecto testamento.*

1. DE controversiis, quæ ex testamento (quo nomine etiam codicillos complector) oriuntur, placet non aliter recte transigi, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, *l. de his*, 6. *ff. h. t. l. 1.* §. 1. *ff. quemadmod. test.*

test. aper. fac. *l. ille a quo*, 13. §. 3. *ff. ad SC. Trebell. l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.* & hoc ipsum Demosthenes expressisse videtur ἐν παραγραφῇ ὑπὲρ Φορμίωνος, in haec verba, πρῶτον μὲν γὰρ πῶς ἂν ἐνείματο τὰ πατρῷα, μὴ λαβὼν γράμματα, ἐξ ὧν ἤμελλεν εἴσεσθαι τὰ καταλειφθέντα αὐτῷ; οὐδ᾽ εἷς, δήπου. i. *Quisnam patrimonium divideret non acceptis tabulis, ex quibus quantum relictum esset, cognosceret? Nemo sane unus*, atque haec est exceptio regulae quae traditur in *l. sub praetextu*, 19. *C. h. t.* sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide factam non rescindi, facit *l.* 3. §. 1. *ff. eodem*. Quod si testamentum a transigentibus inspectum sit, valet transactio etiam de legato aut fideicommisso conditionali, *l.* 1. *C. de pact. l. de fideicommisso*, 11. *C. hoc t.* quamvis repudiatio non valeat, *l. si ita*, 45. §. 1. *de legat.* 2. de quo nos pluscula *c.* 18. *tract. de pact.* Cur autem placeat transactionem de controversiis ex testamento ortis non valere nisi inspectis cognitisque testamenti verbis, ratio haec est, tum ne qui testamenta supprimunt aut consulta opera diutius occultant, iniquum lucrum inde capiant, dum eo pacto illectantur legatarii & fideicommissarii ad transigendum, & modicum forte praesens, pro relicto alicujus momenti, quod ipsis incertum est, accipiendum, *arg. l.* 8. *pr. ff. h. t.* tum quod alias per hujusmodi transactiones facile circumveniri possent supremae hominum voluntates, quas exitum habere etiam publice interesse creditur, *l. vel negare*, 5. *ff. test. quemadm. aper.* ita Butr. & DD. *in d. l.* 6. Sand. *l.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15. & alii. Quae profecto ratio non est inepta, quamvis id Cujacio in *l.* 1. *ff. h. t.* videatur: nam & eadem ratio fecit, ut ne super alimentis testamento relictis sine praetore transigi possit, *d. l.* 8. *pr. eod.*

2. Putat Cujacius (quod & Æmilio Ferreto videtur) *dict. l.* 6. *ff. hoc tit.* aut peregrinam esse, aut a proposito alienam: nam apud Cajum in *dict. l.* 1. §. 1. *ff. test. quem. aper.* transigendi verbum non ad conventa, sed per translationem ad judicata referri: quod inquit, cum Tribonianus non animadverteret, partem responsi in hunc titulum conjecit, nimirum illam ipsam *l.* 6. *hoc tit.* cujus tamen sententia falsa sit, si verbum istud referas ad conventa seu composita. Imo contra verba haec, *neque sine judice transigi*, quae sunt Caji in *d. l.* 1. §. *test. quem. aper.* non ad judicata aut sententias judicum, sed ad conventiones referenda esse, vel illud argumento est, quod alioqui in absurdam & stultam exeune locutionem. Quis enim ita loqueretur, sine judice judicari non potest? aut quis unquam mortalium de eo dubitavit? Sed etsi ponamus Tribonianum verba Caji alio sensu, quam ipsum Cajum accepisse: adhuc tamen non quod Cajus sensit, sed quod secundum intellectum Triboniani sanxit Justinianus pro jure habendum erit. Sed non est obscura Caji sententia, & nempe haec, neque partes transigere posse de testamento relictis sine judice, apud quem scilicet tabulae aperiri solent, neque aliter judicem judicare, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, non quod ipsa transactio auctoritatem judicis desideret, sed tabularum apertura & publicatio ut cognita voluntate defuncti, si quis jam velit, de dubio aliquo aut incerto utiliter transigere possit, *dict. l.* 1. *pr. l.* 4. *l.* 5. *ff. testament. quem. aper. l. testamenta*, 18. *Cod. de testamento*, quomodo & Wesembecius *parat. ff. dict. tit.* Costalius in *l.* 6. *ff. hoc tit.* Borcholt. *cap.* 3. *de transactionib. num.* 14. qui & merito ibi notant Accursium, Bald. Bartol. quod plus hic sententiae judicis tribuant, quam privatorum transactioni, quam judici liceret, etiam sine inspectione tabularum, sententiam ferre. Sed & postquam haec scripseram, animadverti Graecos quoque quorum auctoritati etiam plus aequo tribuere Cujacius solet, non alio sensu, quam nos ea accipimus, verba Caji reddidisse; sic enim illi synops. Basil. hoc tit. Περὶ τῶν ἐκ διαθήκης φιδεικομμισσάριων ἐχόντων ἔστι διαλύεσθαι δυνατὸν, εἰ τι ἀληθῶς ζητεῖσθαι μὴ προκομιζομένων τῶν τῆς διαθήκης ῥημάτων. Neque enim opinor Graecos unquam usos esse, τοῦ διαλύεσθαι ἀντὶ τοῦ κρίνεσθαι ἢ δικάζεσθαι.

3. Non obstat *l.* 12. *ff. hoc titul.* nam non est audiendus, qui facta inspiciendi copia, postea causetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, non etiam quod posteriore relictum sit: apparet vero ex ipsis verbis in specie illic proposita factam transigenti fuisse testamenti inspiciendi copiam atque ab eo inspectum lectumque, quamvis forte oscitantet, quod suae imputare debet negligentiae.

4. Utique non eo minus rata esse debet transactio; quod adjecta non sit clausula *visis cognitisque verbis testamenti*, dummodo doceatur contrahentes gnaros fuisse eorum quae testamento cauta, licet tunc cum interponebatur transactio, forte lectum non sit. Bartol. *in dict. l.* 6. Fab. *Cod. suo for. hoc tit. defin.* 1. Sand. *dict. loc.* Quando autem haec scientia praesumenda sit, vid. Menoch. 6. *praes.* 23. *n.* 60. Bart. *in l.* 22. §. *ult. de V. O. num.* 13. Christin. *vol.* 1. *decis.* 4.

5. Frustra hic Ant. Faber objicit responsum Scaevolae, *l. Lucius Titius*, 78. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.* Nam in casu, quem illic Scaevola proponit & decidit omnino credendum & praesupponendum est, omnia legitime fuisse acta: testamentum inspectum fuisse, atque ex verbis testamenti satis constitisse de fideicommisso: neque postea aliud voluntatis ultimae instrumentum puta codicillos, quibus fideicommissario plus, quam testamento, relictum erat; sed alia, quae plus in bonis defuncti fuisse ostenderent

rent reperta. Valde autem jejunum est, quod ex Joanne objicit Accursius, post inspecta testamenti verba rem non amplius esse dubiam: quasi vero adhuc quæri non posset de mente & sententia testatoris, de viribus testamenti utrum Falcidiæ locus &c.

6. Quid autem dicemus de testamento nuncupativo? & siquidem, ut hodie fieri solet, probationis causa testamentum per notarium in scripturam redactum sit, idem omnino dicendum est, quod de testamento scripto: sin minus, non aliter transigi utiliter poterit, nisi examinatis testibus & cognitis testificatis, aut certe nisi aliunde partibus constet de dispositione testatoris, & quid ea contineatur. Nam omnino Bartolo in *d. l. 6. n. 6.* & Castrensi *ibid. n. 7.* assentior, sic in universum definientibus satis esse ut transactio valeat, si de tenore testamenti transigentes edocti fuerint puta per notarium aut testes qui præsentes fuerunt, licet illud non inspexerint. Satis non apparet ex textibus allegatis, nempe *d. l. 6. ff. hoc t. d. l. 1. §. 1. ff. test. quemadmod. aper.* hunc esse unicum inspectionis finem, ut tenor dispositionis non ignoretur.

7. Sed quid si transigentes inspectioni testamenti renuntiaverint, an nihilominus inutilis futura est facta tabulis non inspectis transactio? Negat id quidem Accursius efficacem esse existimans renunciationem, propterea quod unicuique permissum est renuntiare iis, quæ pro se introducta sunt, *l. pen. C. de pact.* Sed magis est, ut adhuc transactio inutilis sit, & renuntiatio inefficax. Ratio est, quia leqi prohibenti aliquid fieri, aut quid requirenti ad actus alicujus substantiam, renuntiare non licet, *l. 5. C. de pact. l. nec ex prætorio, 27. de reg. jur.* Accedit & altera quod tabularum inspectio in eorum odium, qui testamenta occultant, introducta est, nec tam in favorem transigentium, quam ipsius testatoris; cui favori utique alius renuntiare non potest. Eademque plane hic subest ratio, quæ in filiofam. renuntiante SC. Macedoniano, quem ideo huic SC. frustra renuntiare interpretes nostri recte tradunt, quia id factum est in odium fœneratorum, & non tam favorem filii, quam patris respicit, *l. 1. ff. de SC. Maced.* Christin. *vol. 1. decis. 14. n. 5. & 6.* Itaque minime obstat *l. pen. Cod. de pact.* quippe quæ loquitur de renuntiatione alicujus privilegii aut beneficii soli renuntianti & in ejus solius favorem concessi. Ita Bart. Bald. Salic. Castr. Angel. Jas. *in d. l. 6. ff. h. t.* sed nos paulo explicatius.

8. Porro hoc posito, de controversiis ex testamento emergentibus non licere transigere, nisi inspectis testamenti verbis, neque id jus labefactari simplici inspectionis renunciatione, quæsitum adhuc est ulterius, quid nempe juris sit, si huic renuntiationi accesserit jusjurandum. Dicendum est non eo magis transactionem valere: quoniam nulli actus jure nostro civili vetiti aut invalidi robur a jurejurando accipiunt, *l. 5. Cod. de legib.* Cæterum si de jure canonico quæratur, aliud dixerim. Etenim jure canonum non alii actus simpliciter prohibiti atque invalidi sunt, quam qui offendunt pietatem, & peccatum fovent nutriuntque, super quibus jurare & ipsum peccatum est, & gravius adhuc peccatum, quod juraveris, servare. At enim causa, ob quam transactio de rebus testamento relictis tabulis non suspectis facta improbatur, tota est juris mere positivi: neque enim qui citra illam inspectionem transigit, eamque transactionem ratam habere mavult, quam infringere, potest dici peccare, aut quid quod natura turpe iniquumque sit, facere, sive inspectioni renuntiaverit, sive non renuntiaverit. Jam vero jure canonico juramenta omnia sponte præstita sine exceptione servanda sunt, quæ nihil impietatis, turpitudinis aut iniquitatis continent, & generaliter quæ non vergunt in dispendium æternæ salutis, *C. inter cætera, causa, 22. q. 3. C. cum contingat, x. de jurejur. C. quamvis, de pact. in 6.* & ibi Covar. *p. 2. §. 4. num. 5.* atque hæc communis quoque est interpp. sententia, Borcholt. *tract. de transact. c. 3. n. 21. & seq.* Sande *lib. 4. tit. 5. defin. 15.* qui plures allegant.

9. Cæterum non sufficit generalis renuntiatio, quantumvis jurata, puta omnis juris & auxilii, aut juris omnis, quod renuncianti competit, vel competiturum est ex testamento vel ab intestato, aut mentionem esse factam alicujus testamenti in genere, sed ut juranti obstet, desideratur renunciatio specifica inspectionis ejus testamenti, ex quo jus illud dependebat, Bart. & Jas. *in l. qui Roma, 122. §. ult. ff. de verb. oblig.* Rol. a Valle *vol. 1. cons. 13. n. 27. & seqq.* Tiraquel. *in præfat. l. si unquam, C. de rev. don. n. 171.* Cacheran. *decis. 112. n. 10. & seqq.* Et hinc illæ pragmaticorum cautelæ, ut is, qui cum aliquo transigere cupit de re testamento relicta, instrumento transactionis curet inseri, *viso perspectoque testamento.* Bart. Castr. *in l. 6. ff. hoc t.* Sichard. *in l. sub prætextu, 19. n. 7.* Leonin. *cons. 32. n. 13.* Gail. *2. obs. 139. n. 10.* Sande ubi supra. Igitur ut concludamus, irrita est transactio de controversiis ex testamento descendentibus facta sine tabularum inspectione, licet huic inspectioni renunciatum fuerit, nisi jurejurando firmata sit renunciatio: quod tamen temperamentum non tam auctoritate juris civilis, quam ex dispositione Canonum defenditur, quibus recte & Dei verbo convenienter omne jusjurandum, non impium nec iniquum aut turpe sine exceptione servari jubetur.

10. Cæterum cum Cajus utroque illo loco, nempe & in *l. ff. h. t.* & in *l. 1. §. 1. ff. test. quemad. aper.* nominatim & tantum loquatur de transactione, dubitari adhuc potuit de pactione gratuita an non saltem donationis causa liceat de controversiis ex testamento dependentibus ante inspectionem tabularum pacisci, litemque gratis remittere. Accursius putavit non

magis licere verbis testamenti non inspectis de hujusmodi controversiis gratis pacisci, quam accepto aliquo transigere; cujus sententiam secuti sunt Bart. Bald. & Angel. *in d. l. 6.* Contra vero Albericus de Rosate, Guilielmus de Cuno, Castr. & Jas. pacisci de his gratis licere, quamvis transigere non liceat & nostro quidem judicio rectius. Nam quod Accursius, eumque secuti pro vero supponunt eandem hic esse pacti gratuiti & transactionis rationem, falsum est & πρῶτον ψεῦδος. 1. Longa enim inter pactum & transactionem in casu proposito differentia est: quippe qui transigit, accepto forte minimo pro magna summa, decipitur, cum utique velit habere, quod sibi testamento relictum est; at is, qui ultro totum remittit, non decipitur, & potest quilibet jus sibi delatum repudiare. Frustra vero pro contrariæ sententiæ firmamento adducit Bartolus *l. 3. §. 1. l. 9. §. ult. ff. h. t. l. tres fratres, 35. ff. de pact.* si quidem omnibus istis locis aperte agitur de transactione seu pacto decidendi causa interposito. Sed ponamus ita sit in casibus illic propositis pacti & transactionis eadem ratio: quid tum postea? Neque enim dicimus pactionem gratuitam valere omni casu, quo transactio non valet; sed utilem esse in quæstione proposita, licet transactio sit inutilis. Ac tametsi verum est, quod Paulus *l. 1. sent. tit. 1.* scribit, de his rebus pacisci posse, de quibus transigere licet: ex contrario tamen, de quibus rebus transigere non licet, aliquando pacisci possumus: verbi causa de re judicata aut jurejurando decisa transigere non licet, pacisci tamen donationis causa possumus. Quapropter cum textus illi ante memorati *l. 6. ff. h. t. l. 1. §. test. quam. aper.* solummodo transactionem prohibentes, contineant aliquid singulare & transactionis proprium, temere ad pacta gratuita extendi non debent.

CAPUT VI.

An & quatenus de alimentis transigere liceat ad *l. cum hi, 8. ff. h. t.*

SUMMARIUM.

1. *De alimentis præteritis transigere licet, non de futuris, & quæ sit ratio differentiæ.*
2. *Orationes Principum cur etiam senatusconsulta appellantur.*
3. *Ratio juris transactionem de alimentis prohibentis.*
4. *Prætor pro tribunali de transactione alimentorum cognoscere debet.*
5. *Cognitio hæc non est jurisdictionis ordinariæ, sed specialis concessionis.*
6. *Alimentorum appellatione quid contineatur.*
7. *Quid verbo victus.*
8. *Transactione de alimentis facta non continetur vestitus & habitatio, & quam rationem non habeat.*
9. *Non semper quod in annos singulos relinquitur, alimentorum causa relictum intelligitur.*
10. *Quid si alimenta relicta sint homini locupleti.*
11. *Quicquid sit, quod alimentorum gratia relictum est, ad orationem pertinet.*
12. *Fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an usufructus debeatur.*
13. *Oratio tantum ad alimenta suprema voluntate relicta pertinet, non ad ea, quæ ex conventione debentur: cum ratione diversi juris.*
14. *An etiam ad alimenta mortis causa ab intestato donata? ubi & insignis error Borcholti notatur.*
15. *Declaratur obscurus locus Marciani* in l. 21. §. 1. ex l. præst. cont. tab.
16. *Quæ a prætore in transactione alimentorum examinanda.*
17. *Quid juris, si alimentarius sine prætore transigens transactionem firmet jurejurando.*
18. *Evodatio §. eum transactionem,* l. 8. h. t.
19. *Casus, quo procedit transactio citra prætoris auctoritatem.* Item alius, n. 20.
20. *An gratis citra prætorem de alimentis pacisci liceat.*

TRACTATUR hæc quæstio ab Ulpiano in *l. cum hi, 8. ff. h. t.* & quidem satis copiose, adeo ut quicquid circa hoc caput occurrere potest controversiæ, ejus decisionem facile eodem in loco reperias. Nos pleraque ordine arbitrario exequiemus, & sic ubi opus erit, etiam apertius declarabitur.

1. Igitur cum quæritur, an transactio de alimentis valeat, ante omnia distinguendum est inter alimenta præterita & futura: nam de alimentis præteritis transigi etiam inconsulto prætore potest: de futuris autem alimentis transigere non licet nisi interveniente auctoritate & decreto prætoris vel præsidis, *l. de alimentis, 8. C. h. t.* Ratio differentiæ est, quia ex præteritorum transactione nullum alimentario periculum est, sicut ex futurorum: nam per transactionem de futuris intercipi alimenta & relinquentis consilium inane atque irritum fieri: cum autem de præteritis fit transactio, jam causa illa metuendi ne alimenta intercipiantur, sublata est. Imo præterita alimenta proprie non sunt alimenta; sed ita dicuntur relatione facta ad id tempus, ad quod testator ea destinaverat: & ideo in oratione Divi Marci non additur *de futuris, d. l. cum hi, ff. h. t.* & in *d. l. de alimentis, C. eod.* quæ orationem interpretatur, præterita alimenta dicuntur annorum prætritorum, futura insequentium.

2. Jus hoc primum introductum est oratione Divi Marci, teste Ulpiano in *d. l. cum hi, ff. h. t.*

At

At idem tamen Ulpianus hoc tribuit senatusconsulto *l. eleganter*, 23. §. 2. *ff. de cond. indeb.* nimitum quia, uti moris erat, in sententiam orationis Divi Marci postea etiam senatusconsultum conceptum & factum est. Solebant enim olim Principes orationes in senatu habere, aut scriptas ad senatum mittere, in quarum sententiam postea senatusconsulta concipiebantur, *l. oratione*, 16. *ff. de rit. nupt.* Tacitus *lib.* 11. *Annal. Orationem Principis secuto patrum consulto primi Hedui senatorum in urbe jus adepti sunt.* Sic oratio Divi Hadriani de petitione hereditatis, *l. si & rem*, 22. *ff. de her. petit.* senatusconsultum passim appellatur, *l. item veniunt*, §. *praeterea*. 6. *& seqq. eod.* & quod orationem Imperatoris Severi cautum dicitur ne tut tes praedia rustica vel suburbana distrahant, *l.* 1. *ff. de reb. eor. qui sub Tut.* alibi adscribitur senatusconsulto, *l. non fit*, 12. *ff. d. t.*

3. Rationem hujus juris obiter indicat JC. in *d. l. cum hi*, nimitum ne homines tenues & exiguae fortunae, quibus plerumque alimenta relinquuntur, neglectis futuris alimentis & modica pecunia praesente contenti, facile transigant. Cui accedit & singularis hujusmodi dispositionis favor, ne pia testatorum intentio & providentia, aliorum tenuitati & indigentiae succurrere volentium eludatur, & alimentarius contra quam prospexerit testator, postea egeat. Etenim dubium non est, quin fiat contra voluntatem testatoris, si alimenta transigendo intercipiantur, qui ideo ea in annos singulos aut in singulos menses distribuit, ut esset legatario, quod quotannis, aut quot mensibus ad supremam usque senectutem suppeteret. Voluit itaque optimus & prudentissimus princeps auctoritatem magistratus hic intervenire. Caeterum prior illa ratio ducta a tenuitate alimentarii tantum est πρὸς παρατικὴ impulsiva seu irritatrix; & ideo cessante ea non protinus cessat vis orationis: nam ut est in *d. l. cum hi*, §. *nihil autem*, 7. etiamsi hi quibus alimenta relicta sunt, satis sint locupletes, tamen locum habet oratio: quod forte datum favori ultimae voluntatis; tum & hoc fortassis consideratum, posse fieri, ut quis bona sua amittat & facultatibus exuatur, atque id etiam spectasse testatorem. An causa alimentorum inter causas pias numeranda sit, vid. Christin. *vol.* 1. *dec.* 160. Committitur haec res praetori, *d. l. cum hi*, *pr.* §. 1. *& passim*, nempe in urbe: nam in provinciis ad proconsules & praesides ea cognitio pertinet, *d. l. cum hi*, §. *sed nec*, 18. *de alimentis*, *C. eod.* interdum ad procuratorem Caesaris in provinciis, aut praefectum aerarii in urbe res ista spectat, nimirum si a fisco alimenta debeantur, *d. l. cum hi*, §. *transactiones*, 19. Nam & alias de lite inter fiscum & privatum procuratoris Caesaris est cognitio, *l.* 1. *C. de jur.* Quod si citra auctoritatem praetoris transactio interposita fuerit, inutilis & nullius momenti erit, passim *d. l. cum hi*.

4. Debet autem praetor rem cognoscere; adesse aut interesse negotio, aut transactionem citra causae cognitionem probare non sufficit, §. *si praetor*, 17. *d. l. cum hi*, cui loco frustra objicitur, quod rei etiam inique judicatae auctoritati standum est, *l. servo* 65. §. 2. *ff. ad SC. Trebell. l. ult. ff. de just. & jur.* Nam id demum verum est, si causae cognitio praecesserit, *l. ex stipulatione*, 7. *C. de sent. & interloc.* ut recte Glossa, licet a Castrensi improbata & tunc idem locum haberet etiam in casu nostro. Sed nec in *dd. ll.* quicquam contra formam juris factum proponitur, ut hic fit, ubi haec forma transactioni praescribitur, ut fiat auctore praetore, adhibita causae cognitione. Et quidem more majorum pro tribunali rem excutere & transactionem probare praetorem oportet, non ex plano: quaecunque enim causae cognitionem & decretum desiderant, per libellum expediri non possunt, *l. nec quicquam*, 9. §. 1. *ff. de offic. proconf.* & ideo si de plano transactionem permiserit praetor, non eo magis rata erit transactio, *per l. minorum*, *Cod. de praed. minor. l. a procedente*, *Cod. de dilat.*

5. Cognitio haec non est jurisdictionis ordinariae seu proprie sic dictae & genuinae, sed extraordinariae & adventitiae, atque ex eorum genere, quae magistratui competunt non jure sui magistratus, aut vi jurisdictionis suae, sed ex speciali concessione legis aut Principis: & ideo nec mandare ex hac causa praetor Jurisdictionem suam potest, sed ipse causam cognoscere debet, *d. l. cum hi*, §. *sed nec*, 18. junct. *l.* 1. *pr. ff. de off. ejus cui man. jurisd.* de quo nos magis serio in *tract. de jurisd. c.* 4.

6. Alimentis legatis responsum est cibaria, & vestitum & habitationem deberi, quia sine his ali corpus non potest: caetera autem, quae ad disciplinam pertinent, non contineri, nisi aliud testatorem sensisse probetur, *l.* 6. *& l. seq. l. ult. ff. de aliment. leg.* Itaque generali alimentorum appellatione continentur non solum diaria, ἡ σιτηρὰ sed etiam vestiaria & habitatio, ἡ ἐσθὴς ἡ οἴκησις. Diariorum vero vel cibariorum appellatio angustior est, his enim legatis, neque habitatio, neque vestiarium debetur, sed cibus tantum, seu esculenta duntaxat & potulenta, τὰ σιτία *spijs en dranck*. Et sic nos sermone vernaculo distinguimus inter *enderhoud en kost*, quorum illud alimentis, hoc cibariis respondet. Grot. *lib.* 2. *introd. ad jurisp. Bat.* 22. ubi male in margine nomen *victus* positum ad declarandum.

7. Belgicum *kost*: nam verbo *victus* continentur non solum quae esui potuique sunt destinata, sed etiam vestimenta, & caetera, quae ad vivendum homini necessaria sunt, *l. verbo victus*, 43. *cum* 2. *ll. seqq. l. quos nos*, 234. §. 1. *ff. de verb signif.* ac proinde & habitatio, *hujus vestinge*: si quidem nihil plane interest, victus, an alimenta legata sint, *l. ultim. ff. de alim. legat.* Atque

eadem fortasse res causam errandi dedit Groenevvegio *tract. de ll. abrog. ad l. 6. cod. tit.* dum Latinum *victus* explicat per Belgicum *kost*, eo que negat habitationem contineri: quasi nomine Belgico *kost* etiam vestimenta continerentur, contra quam Grot. *d. loc.* & Latino verbo *victus* non contineretur habitatio: in quo utroque falli eum manifestum est. Nec quicquam juvat Groenevvegii explicationem, quod in *d. l. verbo victus*, 43. *& seqq.* nulla habitationis fiat mentio. Hoc enim nemini mirum videri debet, cum illic agatur de victu exhibendo debitoribus, quos creditor judicatos sibi & addictos, donec solverent, quod in condemnationem deductum erat, domi suæ nexos & vinctos tenebat: nam his ex lege duodecim tabularum, nisi de suo vivere mallent, creditor alimenta victumque præbere cogebatur, ut a doctis viris pridem observatum est.

8. Cæterum hoc jam posito, alimentorum appellatione & cibaria & vestitum & habitationem contineri, qui fit, dicat aliquis, quod Ulpianus in *dict. l. cum hi*, §. *qui transigit*, 12. negat eum, qui de alimentis transigit, de habitatione aut vestiario transegisse videri. Respondeo eum, qui simpliciter de alimentis transigit, intelligi de alimentis in specie & maxime proprie dictis, id est, de cibariis, quibus proprie corpus nostrum alitur & sustentatur, deperditumque restauratur, non de vestiario aut habitatione transegisse: tum propter favorem alimentarii, quam ob causam Divus Marcus specialiter de singulis istis transigere voluit, *dict.* §. *qui transigit*, tum propter strictam transactionis naturam. In testamentis autem plenius & liberalius defunctorum voluntates interpretamur, *leg. in testamentis*, 12. *ff. de reg. jur. leg. plenum*, 14. §. 2. *ff. de usu & hab.* Enim vero si de universis alimentis prætore auctore transactum proponatur, dicendum est non cibaria tantum, sed etiam habitationem, vestimenta, calceamenta, & cætera, quibus tegendi curandive corporis nostri gratia, utimur, ea transactione contineri *dict. leg. cum hi*, §. *arbitratu*, 16. Potest autem quis & de re una aliqua transigere, veluti habitatione, de vestiario aut calciario, arbitrio tamen prætoris, §. *sed & si*, 13. *& seq. dict. leg. cum hi*, sicut & de parte alimentorum, *dict. leg.* §. *arbitratu*, nec obstat, quod legatum pro parte repudiari non potest, *leg.* 4. *ff. de legat.* 2. nam qui de parte transigit, non repudiat eam, sed aliquid pro ea accipit. Nihil quoque interest, an relicta sint alimenta in singulos annos, an in menses singulos sive dies: perpetuo, an usque ad certos annos, *dict. leg. cum hi*, §. *sive agatur*, 3.

9. Plane non protinus quod in singulos annos alicui relictum est, alimentorum contemplatione relictum intelligitur: nam si homini honestioris loci certa quantitas in annos singulos relicta sit, puta salarium annuum, vel usufructus, honoris potius, quem alimentorum causa id relictum intelligi debet: & ideo hoc casu transactio etiam sine prætore facta valebit: nisi forte ex circumstantiis appareat testatorem de alimentis sensisse, verbi causa, si modicum quid annuum, aut modicus ususfructus relictus sit, & præsertim homini tenuiori: nam & minuta plerumque sunt, quæ alimentorum causa relinquuntur, & tenuioribus ὡς τὸ πολύ alimenta relinqui solent. Hæc vera est Ulpiani in *dict. l. cum hi*, §. 23. sententia. Ac proinde male ex hoc loco

10. Costalius & Busius colligunt, hominem honestioris loci de alimentis sibi relictis etiam inconsulto prætore transigere posse: omniaque privilegia, quæ alimentorum causa tributa sunt, cessare, si alimenta relicta sint homini locupleti: nam cum quid nominatim alimentorum causa relinquitur, nihil interesse locupleti id, an pauperi relictum sit manifeste liquet ex §. *nihil autem*, 7. *d. l. cum hi.* Ubi vero simpliciter aliquid in annos singulos relictum est, tunc adhibenda superior illa distinctio: & ita Paul. de Castr.

11. Quicquid autem alimentorum gratia relictum esse apparet, ad orationem pertinet. Unde etiam si integra quantitas alicui legata fuerit, ut ex usuris ejus se alat, & mortis tempore sortem restituat, non cessabit oratio, licet non in annos singulos id relictum videatur, §. *si integra*, 4. *d. l. cum hi.* Neque interest, utrum nummi, an vinum, oleum, frumentum ad alimenta sint relicta. *d. l. cum hi*, §. *si cui*, 24. In summa, etiamsi lis sit & dubiterur an alimenta debeantur, tamen de lite transigere inconsulto prætore non licet, ne circumveniatur oratio, *d. l. si cui*, §. *si cum* 20.

12. Omnino autem nihil eorum, per quæ conditio alimentorum deterior reddatur, absque prætore fieri potest: veluti si agatur de fundo ad alimenta relicto distrahendo, vel de obligato in causam alimentorum liberando; nam neque legatus alienari, neque obligatus solvi sine decreti interpositione potest, §. *si uni*, 15. *d. l. cum hi.* Exoritur hoc loco quæstio, fundo ad alimenta legato, utrum proprietas, an ususfructus debeatur. Accursius ait proprietatem quidem legatam videri, sed interim duntaxat dum alimenta durant, atque hactenus, ut si quid superfluum inveniatur in reditu prædii, quam in quantitate alimentorum, id etiam sibi habeat legatarius. Albericus Bartol. Bald. Castrens. Jason contra, tale legatum etiam ad heredes legatarii transire; quibus assentior. Nam & Modestinus in *leg.* 4. *ff. de alim. legat.* diserte ait ipsum prædium in proposito legatum videri, ut pleno dominio istud legatarius habeat, non per solum usumfructum, eoque post diem legati cedentem mortuo ad heredes ejus transmitti; & idem Ulpia-

nus

tius quoque non obscure indicat in *d. l. cum hi*, §. *si uni*, 15. cum ait prætorem de fundi ad alimenta legati distractione & transactione arbitrari debere? nisi enim tali legato proprietas pleno & perpetuo jure data intelligeretur, ne prætore quidem auctore ejus distractio fieri posset. Itaque licet facta sit alimentorum mentio, quæ morte finiri solent, tamen plena proprietas legata intelligitur, & in heredem legatarii fundus ita relictus transmittetur, & consulto prætore etiam alienari poterit: quippe illa verba *ad alimenta*, magis ad causam legandi pertinent, quam ad usumfructum constituendum, *l. pen. in fin. ff. de alim. legat.* & ita etiam Cujacio videtur.

13. Pertinent autem hæc omnia ad alimenta, quæ testamento aut quæ alia suprema voluntate defuncti relicta sunt; non ad ea, quæ ex conventione mortis causa debentur; nam de his etiam sine decreto transigi potest, *d. l. cum hi*, §. *hæc oratio*, 2. Differentiæ ratio petenda a favore propositi & enixæ voluntatis defuncti alimentario consultum cupientis; quam voluntatem ideo & senatus subsecutus est. In conventionibus vero non eadem est contrahentium providentia: sed promissor fere sibi potius consulit, quam alimentario, divisis scilicet pensionibus. Qua ratione etiam fit, ut alimentorum legatum sit multiplex, stipulatio una: ut legatum morte finiatur, stipulatio non item: quod tamen fieret, si creditori prospiciendi causa contraheretur stipulatio, *l. 4. l. 8. l. cum in annos*, 11. *ff. de ann. leg. si l. Stichum*, 16. §. 1. *ff. de verb. obligat.* Sed & obligatio ex consensu contrahentium orta, eotandem dissensu rectissime dissolvitur, *l. nihil tam naturale*, 35. *de regul. jur.* add. Moller. *lib. 5. semest. diff.* 42. Don. *ad l. 8. C. h. t. n.* 8. Sive autem ultima voluntate testati, sive extra testamentum ultima voluntate intestati alimenta relicta sunt, oratio locum habet; nec refert per legatum aut fideicommissum relicta sint, an conditionis implendæ gratia, aut mortis causa donata aut ab eo relicta, cui mortis causa donatum est, *d. §. hæc oratio*, nam & mortis causa donationes & capiones legatorum instar obtinent: & is, cui mortis causa donatum est, quasi legatarius fideicommisso onerari potest, *l. ab eo*, 9. *C. de fideicomm.*

15. Sed tamen an oratio pertineat etiam ad alimenta mortis causa ab intestato donata dubitari posse ait Borcholtus *tr. de transact. C. cap. 3. n.* 35. Ratio dubitandi, quia duplex sit, inquit, mortis causa donatio, una, quæ testamento relinquitur: altera, quæ fit ab intestato, *l. tam. is*, 25. *ff. de mort. caus. don.* prior illa duntaxat legatis comparatur, non item altera, *l. si filius*, 21. §. 1. *de leg. præst. cont. tab.* Attamen, inquit, dicendum est etiam ad alimenta, quæ mortis causa donata sunt ab intestato, orationem pertinere, quoniam JCtus non distinguit, utrum mortis causa testamento relicta, an ab intestato eadem contemplatione donata. Sed quis Borcholtum docuit donationem mortis causa posse testamento relinqui, aut ab intestato factam legatis non comparari? Utique hoc non didicit a Doctore suo Jacobo Cujacio, qui quidem *lib. 3. observ.* 17. quod a D. Severo constitutum dicitur, *l. 5. Cod. ad leg. Falc.* ut legis Falcidiæ ratio etiam in mortis causa donationibus habeatur, restringit ad casum facti testamenti: non autem quo donatio hujusmodi testamento relicta. Longe enim aliud est in testamento aliquid dare, aliud facto testamento: cum id fieri possit etiam extra testamentum, & ita cape *dict. leg. 25. de mort. caus. don.* Sic codicilli testamento facto recte fieri dicuntur, *leg. 8. leg. ab intestato*, 16. *ff. de jur. codicil.* Nemo tamen dixerit codicillos in ipso testamento fieri posse: quod non absurdum tantum, sed etiam contradictione implicatum est. Et quæso quid aliud sunt donationes testamento relictæ, quam ipsa legata, *leg. legatum*, 36. *de legat.* 2. §. 1. *Instit. eodem*. Sed neque leges, quæ de comparatione aut exæquatione mortis causa donationum & legatorum loquuntur, *leg. Marcellus*, 15. *leg. & si debitor*, 17. *leg. illud ff. de mort. ca. donat. leg. ul im. Cod. eodem* §. 1. *Instit. de donat.* distinguunt, utrum testamento facto mortis causa donatio fiat, an non facto. Nam cum nihil commune habeat donatio mortis causa cum testamento, quid refert testamento condito facta sit, an ab intestato? Agnovit hoc quoque postea Cujacius, & mutata in melius sententia etiam in donationibus mortis causa ab intestato factis Falcidiam admisit, *lib. 20. observ. 6.*

15. Quod autem Marcianus in *leg. si filius*, 21. §. 1. *de legat. præst. cont. tab.* ait, si pater intestatus decesserit, super donationibus mortis causa factis filium emancipatum queri non posse, quoniam eo casu nulla occurrat donationis mortis causa cum legatis comparatio, in eo Jurisconsultus respicit ad edictum de legatis præstandis contra tabulas bonorum possessione petita, quæ in eum solummodo casum proposita fuit, ubi testamentum factum est, & per contra tabulas bonorum possessionem eversum. Nam id edictum non absurde ad donationes mortis causa produci, ubi testamentum conditum est, potuit, *dict. leg. 21. pr. eodem titul.* an non æque in casu intestati petita bonorum possessione unde liberi: quo casu si donationes immodicæ fuerint, non aliud remedium superest, quam querela inofficiosæ donationis, *titul. Cod. de inoffic. donation.* Sed hæc *ωτ απ̓ έργω*.

16. Vult igitur oratio prætorem hic intervenire, & apud eum quæri, utrum permittenda sit transactio, nec ne. In primis autem quærendum est de causa transactionis; nam neminem sine causa transigere volentem audiet prætor, *d. l. cum hi*, 8. §. 8. *& seqq.* ubi & quid requiri in

in causis transigendi soleat, docetur. Deinde inquirendum de modo transigendi, & transactionis quantitas pro ætate & valetudine transigentis arbitranda, *d. l. cum hi*, §. *vult*, 8. & §. *modus*, in cujus §. fine quod dicitur alimenta cum vita alimentarii finiri, id quidem & ipsum obtinet, cum quid annuum aut in annos singulos relictum est citra contemplationem alimentorum, *l. 4. l. 8. ff. de ann. leg. l. si Stichum*, 16. *de verb. oblig.* sed tunc cessat oratio, §. *si in annos*, 23. *d. l. cum hi*, Postremo & personæ transigentium consideranda, *d.* §. *vult*, 8. & in persona alimentarii spectandum sit ne vitæ frugi, & qui alias sibi sufficere possit; an sequioris, qui de alimentis dependeat. In persona ejus, a quo alimenta relicta sunt, cujus sit propositi & existimatione, quæ ejus facultates, §. *sed & si* 11. *d. l. cum hi*. Ad personas quoque referri potest, quod nec plurium alimentariorum inter se facta transactio sine prætoris auctoritate rata sit, qui casus est §. *si uni*, 15. *d. l. cum hi*. Ratio est, quia in præjudicium alterius vergere transactio potest. Eodem quoque refero speciem §. *sed & si* 5. *d. l. cum hi*, ubi dicitur orationis locum non esse legatario aut fideicommissario a quibus alimenta relicta sunt, transigentibus, nimirum etsi non licet alimentario sine prætore transige e cum eo, a quo alimenta relicta sunt, sive is heres sit, sive legatarius aut fideicommissarius; nihil tamen impedimento est, quo minus legatarius aut fideicommissarius cum herede de re aut quantitate sibi relicta transigant; cum horum transactione jus alimentarii non minuatur, *d.* §. *sed & si*, ubi pro *ad hoc* quidam codices habent *ab hoc*, ut Accursius notat, & rectius censet Cujacius, quoniam de relicto per fideicommissum agitur.

17. Quæri & hic potest, & solet idem, quod in transactione de controversiis ex testamento ortis facta cum renuntiatione inspectionis tabularum, eaque jurata, ut cap. præced. quid scilicet juris sit, si alimentarius sine prætore quidem transigerit, sed transactionem firmaverit juramento, an non saltem jurata transactio de alimentis valere & rata atque efficax esse debeat, quamvis inconsulto prætore facta? & hic quoque eodem modo, quo illic, respondendum est si de jure civili quæratur, nullos in universum actus illo jure invalidos aut legibus improbatos firmari accedente juramento, *l. 5. Cod. de leg.* Juris vero Canonici alia ratio est, quippe secundum quod jusjurandum omne validum est, quod sine dispendio salutis servari potest. *C. quamvis, de pact. num.* 6. Jam vero apertissimum est ob civilem duntaxat rationem transactionem hic prohiberi, alioqui & perpetua fuisset ista prohibitio, & semper solennitas ista obtinuisset, quæ tamen primum actorem habet D. Marcum. Quod si naturalem aut moralem haberet prohibitionem, ne jure quidem Canonico juramento firmaretur, *cap. non est oblig. de reg. jur. in 6. vid.* Covar. *in d. cap. quamvis*, *p. 2.* §. 6. *num.* 12. Fachin. 3. *contr.* 21. Subjungamus nunc aliquoe exceptiones sive casus quibus transactio cum alimentario facta etiam citra prætoris auctoritatem rata habetur. Casum unum habemus in §. *cum transactionem*, 6. *d. l. cum hi*, nempe si alimentarius transigendo conditionem alimentorum fecerit meliorem. Etenim D. Marco propositum fuit alimentario prodesse, non officere, aut commodis ejus obstare.

18. Cæterum quod in pr. *d.* §. *transactionem*, dicitur oratione improbari eam transactionem, quæ ideo fit, ut quis repræsentatam pecuniam consumat, ei obstare videtur, quod mox subjicitur, posse & inconsulto prætore transigi, ut quod per singulos annos alimentario relictum est, consequatur per singulos menses; aut quod per singulos menses relictum, consequatur per singulos dies. Non enim perpetuum aut absolute verum est, quod Ulpianus ait, tali transactione meliorem fieri conditionem alimentarii: fieri enim potest, ut alimentarius pecunia repræsentata statim consumpta reliquum tempus egeat. Dicerem potius D. Marcum eas solummodo transactiones prohibuisse videri, per quas alimenta intercipiuntur. In casu autem proposito, etsi minus anni aut mensis alimenta repræsentata citius consumpta sint, sequentium tamen annorum & mensium salva manent: & fieri ex contrario quoque potest, ut egeat alimentarius: si finito demum anno alimenta consequatur. Et hanc etiam ipsius Ulpiani sententiam fuisse arguit ratio, quam reddit in fine ejusdem loci.

19. Casum alium, quo transactio rata est etiam citra prætoris auctoritatem, habemus in *d. l. cum hi*, §. *ult.* nempe si ad habitationem relicta sit certa quantitas annua, & sine arbitrio prætoris ita transactum sit, ut præstetur habitatio. Ratio est, quia in hac specie satisfit voluntati testatoris. Illud enim curandum non est, quod ruinæ aut incendio subjecta est habitatio & alias quoque ratio non habetur damni, quod non inconsulte, sed fato contingit, *l. verum*, 11. §. *item non*, 4. *ff. de minor*, *l.* 2. §. *si magistratus*, 11. *ff. de magistr. conven.* Ex contrario quoque si pro habitatione, quæ relicta erat, convenerit, ut certa quantitas præstaretur, valet transactio & citra prætorem, *d. l. cum hi*, §. *ult.* quoniam, ut recte Bartolus, per hujusmodi transactionem non receditur a forma legati, nec alimentarii conditio deterior efficitur, ut dici possit non satisfieri voluntati testatoris. Intelligendus autem haud dubio locus est de quantitate annua, & qua commoda habitatio conduci possit.

20. Potest denique huc referri & species *leg. penult. dict. leg. cum hi*, quæ quodammodo media videtur: videlicet, si convenerit ut alimentarius pro vino, & oleo &c. ad alimenta relictis, nummum quotannis aut quot mensibus

bus acciperet: aut ex diverso, ut pro nummis eadem contemplatione relictis acciperet frumentum, aut alia ad victum necessaria, genere tantum mutato. Etenim transactio quidem etiam sine prætore in hisce speciebus fieri potest: cæterum non aliter, quam si utilis sit alimentario, recipietur: sin minus, rejicienda est; ejusque rei arbiter & disceptator prætor erit: quippe qui non tantum permittendæ transactionis causa decretum interponit ex SC. sed & cum se inconsulto transactio facta est, de ea disceptat rejicienda ea sit, nec ne.

21. Antequam hinc abeo, hoc unum adhuc expediendum, an quis alimenta sibi relicta donationis causa ex liberalitate remittere possit, sive quod idem est, an gratis de futuris alimentis citra prætorem paciscí liceat. Negat id Costalius in *dict. leg. cum hi*, & ita Glossam & DD. omnes sentire ait, præter Fulgosium. Utique non omnes, qui admittunt gratuitam de rebus testamento relictis pactionem sine inspectione tabularum, eamdem quoque admittunt in quæstione hic proposita: sed qua ratione moveri potuerint, ut in uno pactionem rejicerent, in altero admitterent, equidem non video. Nam illa Cujacii ducta a transactione ad pactionem, aut aliorum a favore ultimæ voluntatis, non magis in uno quam in altero locum habere potest. Et omnino veriorem hic quoque esse existimo sententiam affirmantium, Fulgosii, Jasonis, Don. *in l.* 8. *Cod. hoc tit.* Conan. 5. *commen.* 7. Bachov. *C.* 2. *ad hoc tit. num.* 7. Cujus ego assertionis firmamenta hæc habeo. Primum, quia pactio nullibi prohibetur, sed tantummodo transactio, quæ prohibitio cum sit contra regulas juris communis, non est producenda ad consequentias, *l. quod vero* 14. *& seq. ff. de legib.* Visum quippe est testatoris voluntatem conservari ei, qui liberalitate ejus uti vellet, non ei, qui contemneret. Et in eos duntaxat casus leges providere solent, in quos proclivior est excessus, *l.* 4. *§.* 1. *ff. ad SC. Vell. pr. Inst. quib. alien. lic. & tit. Inst. de leg. Fus. Can. toll.* Nemo autem facile quicquam remittit gratis, quod donare est & perdere, *l. cum de indebito*, 25. *ff. de probat. l. si quis*, *ff. de novat.* Secundo quia unusquisque quod sibi relictum est, repudiare & contemnere potest. Et quæso qua ratione quis impedietur, quominus omittat & non petat, quod sibi relictum est? Quid denique interest utrum non petat prorsus repudietve an remittat? Tertio quoniam in pacto simplici cesset ratio, quæ in transactione cognitionem prætoris desiderat, ne scilicet alimentarius circumveniatur: neque enim qui ultro remittit, decipi videri potest, sed facile decipitur, qui pro alimentis aliquid accipit, & mavult aliquid integrum præsens habere, quam singulis annis particulam. Non movet, quod ne fundum quidem in alimenta oppigneratum alimentarius liberare potest, *§. si uni* 15. *d. l. cum hi*, nam qui vult alimenta persequi, sine prætore nihil facere potest, quo eorum conditio deterior fiat. Nec obstat ejusdem *l. cum hi §. si prætor*, 17. quoniam illic non de alimentario remittente, verum de prætore negligente & citra causæ cognitionem transigi permittente agitur.

CAPUT VII.

Quatenus in causis criminalibus transactio permissa, *ad l. transigere*, 28. *C. hoc tit.*

SUMMARIUM.

1. *Capitale crimen quid, & unde dicatur.*
2. *Capitale interdum id solum significat, quod vendicatur morte.*
3. *Ratio ob quam transactio in causa sanguinaria permissa tum reo, tum accusatori.*
4. *Reum quo 'is tempore transigere posse.*
5. *Accusatorem inchoata demum accusatione.*
6. *Confutatio distinctionis Pacianæ.*
7. *Occurritur D. Matthæo contendenti accusatorem post institutam accusationem impune non posse transigere.*
8. *Effectus hujus transactionis.*
9. *Per hanc transactionem non fieri præjudicium causæ publicæ.*
10. *Non eandem hic transactionis vim esse, quæ rei judicatæ.*
11. *Crimen non perimi abolitione.*
12. *An magistratus nullo existente accusatore, ex officio inquirere possit.*
13. *Transigi non posse super crimine fustigationem, membri mutilationem, deportationem, aut pœnam perpetui carceris continente.*
14. *An transactio permittenda in crimine majestatis & parricidii.*
15. Explanatur l. ult. C. de abolit.
16. *Quid si delictum tale sit, quod ordinaria pœna mortis non punitur: sed cujus pœna ex circumstantiis ad mortem usque extendi possit.*
17. *Crimen adulterii an tempore Diocletiani capitale fuerit, obiter.*
18. *Rationes, ob quas de prima regula l. transigere, excipiatur adulterium.*
19. *An licita transactio de raptu.*
20. *An de stupro.*
21. *An de incestu.*
22. *Exponitur* l. 1. *§.* 3. *ff. de calumnia.*
23. *An etiam pactio in criminibus non capitalibus prohibita.*
24. *Pœna post litem contestatam de crimine non capitali transigentium, tum alterius tum rei.*
25. *An reus pendente judicio transigens habeatur etiam pro condemnato.*
26. *Quid hic in pactione gratuita.*
27. *Quid in transactione aut pactione facta ante judicium institutum.*

28. *Notatur aliquid singulare in crimine adulterii.*
29. *An in privatis criminibus licita transactio.*
30. *Quibus rationibus moti plerique interpretes putaverunt crimen falsi excipi de regula secunda l. transigere.*
31. *Confutatio hujus sententiæ.*
32. *Verbum* citra *apud bonos auctores nunquam usurpari pro* præter, *ut sit nota exceptionis.*
33. *Apud auctores hujus rescripti semper pro* fine.
34. *Apud Papinianum* l. ult. ff. de calumniat. *notam exceptionis esse non posse.*
35. *Voce* præter *non semper denotare exceptionem.*
36. *Postrema clausula hujus rescripti contineri legis sanctionem.*
37. *Refellitur prima exceptionis ratio.*
38. *Secunda ratio exceptionis rejicitur.*
39. *Ostenditur locos, qui ad probandam exceptionem afferuntur, nihil minus probare.*
40. *Verborum* citra falsi accusationem *verus sensus.*
41. *Francisci Hotomanni metathesis improbatur.*
42. *Dispositio* l. transigere, *hodie fere cessat & inutilis est.*

NON omnes causæ, quantumvis dubiæ sunt idoneum subjectum transactionis: sed civiles duntaxat, non criminales: quippe in quibus non privata, sed publica causa agitur. Pactiones autem nisi quæ de re privata fiunt, non valent, *l. 7. §. si paciscar*, 14. *& §. generaliter*, 16. *l. si unus*, 17. §. 4. *l. jus publicum*, 38. *ff. de pact.* Enimvero admissa est species quædam transactionis in criminibus capitalibus, non equidem jure aliquo pactionis aut transactionis genuinæ, sed miserationis quadam ratione atque intuitu duntaxat. In quam rem extat rescriptum Impp. Diocletiani & Maximiani *l. transigere*, 18. *C. hoc tit.* in hæc verba: *Transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.*

Hujus rescripti duæ sunt partes: una est de criminibus capitalibus; altera de non capitalibus.

1. Capitale crimen a capite dicitur, facinus nimirum capite luendum: nam capitale est, quod capitis pœna luitur. In sanctionibus antiquis *Capitale* vocatur. Cic. 2. *de legib. Fest.* in voce *Capital. l. ult. §. 1. ff. de term. mot. l. omne delictum*, 6. *§. si quis*, 6. *de re milit.* Est autem pœna capitalis per quam caput eximitur de civitate, sive id fiat morte sive maxima aut media capitis deminutione, *l. licet capitalis*, 103. *ff. de verb. sign.* Hinc capitalia judicia, quorum pœna vel mors est, vel deportatio sive exilium aut aquæ & ignis interdictio, vel metallum, *l. 2. ff. de publ. jud. §. 2. Inst. eod.* & rei capitalis damnatus, interpretibus Ulpiano & Africano, ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit, *l. 2. ff. de pœn. l. edicto*, 13. *ff. de bon. poss.* atque ita passim, *l. eum*, 10. *ff. de jur. patron. l. qui cum*, 14 §. 2. *ff. de bon. libert. l. 4. pr. ff. si quis caut. jud. sist.* Græci in Bas. τὰ κεφαλικὰ θάνατον δηλοῦσι, καὶ πολιτείας ἀπώλειαν. Capitalia mortem significant & civitatis amissionem: nimirum civitatis amissio morti similis est, & mors quædam civilis, §. 1. *Inst. quib. mod. patr. pot. solv. l. 1. §. filium*, 8. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Unde veteres dicebant, interire homines non solum morte, verum etiam maxima & media capitis deminutione, *l. verum* 63. §. *societas, ult. ff. pro soc.* Sed & omnis causa existimationis Latine loquentibus capitalis dicitur, *d. l. licet capitalis*, 103. *ff. de verb. sign.* quamvis civilis causa sit, nec ex ea sequatur capitis ulla deminutio, ut apparet ex oratione Ciceronis pro Quintio, & ita veteres glossæ, *capitalis ἀτιμωτικός*, id est, capitalis causa est quæ irrogat infamiam, cum tamen per solius infamiæ irrogationem nemo capite minuatur. Sed hoc improprie & significatu latiore: credo quia viris bonis non minus acerba famæ & existimationis jactura, quam vitæ. Et ideo Modestinus in *d. l.* 103. *de verb. sign. Licet*, inquit, *capitalis Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur: tamen appellatio capitalis, mortis, vel amissionis civitatis intelligenda est.* Et Cicero quoque *lib. 9. epist. 21. ad Pæt.* judicia capitis & famæ discrete separat.

2. Interdum vero *capitale* id solum significat, ob quod caput non de civitate, sed de medio hominum tollitur, sive cujus pœna mors est naturalis, & supplicium supremum, *l. relegati*, 4. *ff. de pœn.* ubi Marcianus mortis quæ sola est, pœnam capitis vocat, & deportationi opponit, & sic in *l. castitatis*, 9. *C. ad leg. Jul. de adult. l. un. C. de crim. pecul. §. item lex Julia*, 8. *& seq. Inst. de publ. jud.* pœna capitalis, capitalis animadversio, supplicium capitale, pro summo accipitur, κατ' ἐξοχὴν videlicet, ut & alias judicium capitale pro αἵματος δίκη, seu sola causa sanguinis. Atque in postrema hac significatione etiam in hoc nostro rescripto crimen capitale sumitur, nimirum cujus non alia pœna, quam mors est. Id vero ita esse & oppositio sequens *in aliis autem criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, &c.* demonstrat, atque ut hoc ab Impp. expressum non esset, ex aliis tamen locis sic hunc interpretandum esse disceremus, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.* ut taceam quod ratio, quæ hoc jus extorsit, idem manifeste ostendit. Falluntur autem nimis aperte, qui huc etiam pertinere putant crimina, quæ qualemcumque pœnam corporalem continent, puta fustigationem aut membri mutilationem, de quibus postea uberius.

3. Ajunt Impp. *Transigere ac pacisci de crimine capitali prohibitum non est.* Hæc pars rescripti prima.

ma. Admissa igitur hic est & pactio gratuita, & transactio; ut scilicet & reo liceat etiam cum pretio pacisci, & accusatori cœptam accusationem deserere sive gratis sive accepta pecunia. Nimirum ut ante quoque dixi, admissa est in criminibus capitalibus, id est, iis, quæ sanguinis pœnam irrogant, transactionis quædam species atque imago: quoniam & accusatori causam cœptam omittere, & reo permissum est accusatori, ut omittat, aliquid dare: in quo similitudo transactionis. Proprie enim nulla transactio, nullum pactum est, nisi de re familiari, & quam quisque, ut ad se pertinentem, remittere potest, *l. 7. §. si pacisear*, 14. *ff. de pact.* Ratio autem, ob quam transactio hic permissa, non alia est, quam respectus quidam miserationis, quod Principes ignoscendum censuerunt ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum voluit, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.* ex humanitate sic interpretantes, si quid reus accusatori dederit eumve corruperit, quasi id fecerit territus potius gravitate & magnitudine periculi, salutisque & vitæ suæ redimendæ gratia, quam conscientia sceleris. Hoc autem admisso in persona rei, ut scilicet is, de crimine capitali impune transigat, neque ob id pro convicto habeatur, *d. l. ult. ff. de prævar.* in consequentiam actori quoque impune esse debuit, si is ex pactione ab accusatione desisteret, accepta licet pecunia: cum alioqui transactionem nunquam sit admissurus, & ita futurum sit, ut miseris reis spes omnis redimendæ salutis suæ præcidatur. Proinde accusator desistens non modo non incidit in pœnam talionis, sed nec in pœnam SC. Turpilliani pecuniariam, de qua in *l. 3. §. ult. ff. de prævar.* neque etiam ut prævaricator damnari debet, *l. ult. d. tit.* Eadem ratione nec abolitionem ab accusatione desistens impetrare necesse habet. Etenim si desistere sine pœna SC. potest, qui Principe permittente desistit, *l. desitisse*, 13. §. 1. *ff. ad SC. Turpill.* poterit & qui desistit permittente jure publico, *l. Gracchus*, 4. *C. ad leg. Jul. de adult.* Et igitur loci quibus generaliter definitur eum, qui cum adversario de crimine transigit, incidere in pœnam SC. *l. 1. §. si quis*, 7. *l. 6. pr. l. in senatusconsultum*, 15. *pr. ff. ad SC. Turpill. l. 2. l. 3. C. de abolit.* aut restringendi sunt ad crimina non capitalia, seu quæ pœnam sanguinis non ingerunt, de quibus citra abolitionem transigere non licet: aut si ad crimina quoque capitalia eandem definitionem pertinere voluimus, addenda erit exceptio, nisi ex transactione cum reo facta accusationem omiserit.

4. Et reus quidem quovis tempore impune transigere potest, id est, tam ante, quam post accusationem institutam: eadem enim utroque casu permissionis ratio est, eadem magnitudo periculi sive accusatio immineat, sive pendeat, scilicet mortis, ut nulla plane hic occurrat distinctionis aut restrictionis actio. Denique leges quoque, quæ reo in causa sanguinis transigere permittunt generaliter atque indistincte loquuntur. Sed de accusatore quæsitum est, an & ipsi utroque tempore permissa de crimine capitali transactio.

5. Et puto ego non esse. Ratio est quia ante cœptam accusationem minæ de accusando speciem concussionis habent: ac proinde si quis accusationem minatus non gratis sed accepta pecunia desistat: procul dubio incidit in crimen concussionis, *l. 2. ff. de concuss.* quod & Hotomannus bene observavit, *c. 23. illust. q.* Deinde cum, ut supra quoque diximus, transactionem hic defendat, aut excuset potius ratio miserationis, nulla hæc est respectu accusatoris, quo tempore liberam adhuc accusandi potestatem habet, aut non accusandi. Itaque non valet hic argumentum a reo ad accusatorem. Hoc ergo dicimus, accusatorem inchoata demum accusatione impune transigere: & ratio est, quoniam jam ipse quoque accusator sanguinem suum redimit propter periculum talionis, quæ ex secutura mox in crimen subscriptione eum manet, *l. ult. C. de calumniat. l. ult. C. de accus.* Quid post inscriptionem? Puto etiam tunc posse: quia cum eo tempore vel maxime talione obstringitur, metu tanti periculi ab accusatione destitisse videri debet. Video tamen hanc temporis in accusatore distinctionem a plerisque aut omitti, aut contemni, ab aliis nec reo semper parci.

6. Julius Pacius in *l. transigere*, *n.* 20. tribus modis contingere ait, ut accusator accepta pecunia discedat a judicio. Aut enim mala fide, inquit, crimen intentavit, ut per concussionem metu illato pecuniam a reo extorqueret, nolens aliter, quam accepta pecunia quasi calumniæ pretio, reum dimittere: aut reus suæ causæ diffidens pecuniam dedit, ut accusatorem corrumperet: aut denique pecunia data est, quia cum causa esset dubia, de ea transegerunt. Primo casu punitur, inquit, accusator propter calumniam & concussionem. Altero casu punitur reus propter corruptionem accusatoris: tertio casu cum transactio est permissa, ut in specie proposita, neuter punitur. De postremo casu facile Pacio assentior. Sed & de primo non repugno: nam si accusator ipse exigat pecuniam, nec alia lege se ab accusatione destitutum minetur, vix est, ut accepta pecunia non incidat in crimen concussionis: quamvis si ultro oblatam a reo eadem lege acceperit, ignoscendum ei videatur. Cæterum quod secundum casum attinet, in eo prorsus a Pacio dissentio, cum utique reo liceat quocunque modo sanguinem suum redimere, atque accusatorem suum etiam pretio dato corrumpere, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent. l. ult. ff. de prævar.*

7. Antonius Matthæus *lib. de criminib. ad tit. 19. lib. 48. ff. c. 7.* converso modo distin-

guit

guit, contendens accusatorem ante institutam accusationem absque ulla fraude sua transigere: post institutum vero judicium, si transigat, incidere in SC. Turpillianum: quippe in quod incidant omnes, qui non impetrata abolitione accusationem omittunt, *l. 1. l. 2. C. de abolit.* Itaque ex sententia D. Matthæi nunquam ei, qui re ipsa accusator est, impune licebit transigere; sed ei duntaxat, qui τῇ δυνάμει, qui crimen comperit, & abusive accusator dicitur, propterea quod accusator esse potest. Atqui diserte responsum est eum, qui ob non accusandum pecuniam accepit, concussionis teneri, *l. 2. ff. de concuss.* quo colore ergo dicemus eum posse impune transigere? Rursus si dicimus actorem post constitutum judicium transigentem incidere in pœnam Turpilliani, futurum est, ut ipsi quoque reo inutilis fit transactionis permissio, eo quod metu hujus pœnæ a transactione deterrebitur actor; & sic reo fructus earum constitutionum auferetur, quæ sanguinem suum redimenti ignosci volunt. Sed & omnino probabile est, rescriptum ipsum Impp. directum fuisse ad accusatorem post institutam accusationem de transactione meditantem & super hoc consulentem principes. Tametsi autem non quemvis actorem, crimine non probato, statim talio manet, sed eum duntaxat, quem calumniatum esse judex pronunciaverit, *l. 1. §. 3. & 4. ff. ad SC. Turp.* sufficit tamen, quod similitudine supplicii obligatus sit, & non probato crimine ut calumniator damnari possit: etiamsi forte falsum crimen non intenderit, sed tantum in probationem defecerit. Sed inquit D. Matthæus rescriptum in *l. 2. C. de abolit.* non potest intelligi de crimine non capitali, cum eodem rescripto jubeatur in reum inquisitio fieri: de crimine non capitali transigens pro victo habeatur, *l. ult. ff. de prævar.* At inquam, sic argumentando videtur vir doctus in partes nostras transire, & fateri reum super causam capitis transigentem pro victo non haberi, propterea quod in crimen adhuc inquirendum sit: quod & nos ultro fatemur. Verum & hoc insuper addimus, non continuo etiam reum, qui de crimine capitis pœnam non ingerente transegit, ad supplicium rapi; sed quamvis gravissimo se oneret præjudicio & juris præsumptione, quod conscientia criminis adversarium corruperit, opus tamen adhuc esse ampliori cognitione antequam sequatur damnatio, ut recte Baldus in *d. l. transigere, columna ult.* Borcholt. *c. 3. num.* 88. *fac. l. ejus qui, 29. ff. de jur. fisc. l. 1. §. Divus, 17. de quæst.*

8. Effectus hujus transactionis est, ut neque reo, neque actori noceat, id est, ut nec reus transigens pro confesso & convicto habeatur (quod alias fieret, *l. ult. ff. de prævar.*) nec accusator in pœnam prævaricantium aut senatusconsulti Turpilliani, rationisve incidat, ut supra dictum est. Deinde reo non modo non nocet transactio, sed etiam prodest; nimirum ad hoc, ut idem ille accusator repetere accusationem non possit, sed reus ab illo liberetur; ait enim JC. in *d. l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent.* reos sanguinem suum redimere posse, atque ita ab accusatore liberari.

9. Non tamen ob id præjudicium fit causæ publicæ, siquidem privata pactione publica coercitio tolli non potest, *l. 5. ff. de pact. dotal.* nec patitur publicæ disciplinæ vigor ut delicta maneant impunita, *l. ita vulneratus, 51. §. æstimatio, ff. ad leg. Aquil. l. locatio, 9. §. quod illicite, ff. de public.* Itaque cum hujus transactionis non ea vis sit, ut crimen perimat, sed accusationem duntaxat, & hactenus ut illa ab eodem repeti non possit, sequitur omnino reum adhuc aliorum accusationi obnoxium manere, cum publicorum judiciorum accusatio cuivis e populo pateat, *§. 2. Inst. de publ. jud.* At enim, inquies, non minorem authoritatem habet transactio, quam res judicata, *l. non minorem, 20. C. de transact.* absolutio autem a judice facta crimen perimit, ita ut nec alius ad accusandum eum, qui sententia judicis liberatus est, admittatur, nisi novus accusator suum dolorem persequatur, ignarus accusationis ab alio institutæ, aut priorem accusatorem prævaricationis convincat, *l. 7. §. 2. de accus. l. 11. C. eod. l. 3. §. 1. de prævar. l. si cui, 7. §. 2. ff. de accus. 9. l. 11. C. eod.*

10. Respondeo, comparatio illa transactionis & rei judicatæ non procedit in omnibus: neque enim ut res judicata pro veritate habetur, *l. ingenuum, 25. ff. de stat. hom.* ita & transactio. Transactio inter hæredem scriptum & legitimum facta non impedit, quo minus legatarii & fideicommissarii cum herede scripto in solidum experiantur, *l. 3. pr. ff. hoc tit.* eaque non obstante testamentum in suo jure manet, *l. si suspecta, 29. §. 2. ff. de inoff. test.* secus est, si contra testamentum pronunciatum sit, *l. 8. §. pen. l. cum mater. 28. ff. d. tit.* quamquam jure novissimo nihilominus legata ex eo debeantur, *auth. ex causa, C. de lib. præter.* De criminibus omnibus judicari potest, transigi non item. Res judicata paratam habet executionem, transactio non habet: ac proinde mirum non est absolutione crimen tolli; quamvis non tollatur transactione.

11. Sed nec abolitione magis, quam transactione crimen perimitur. Nam quod scriptum est in *l. 1. C. de abolit.* interveniente abolitione crimen sopiri, non hoc significat, crimen perimi aut extingui: quippe sopita suscitari queunt; perempta nunquam reviviscunt. Sed & crimen illic positum est pro criminatione sive accusatione, quod minime est insolens, *l. 1. §. 1. ff. de susp. tut. l. propter, 21. ff. de SC. Silan. l. ult. ff. ad l. Jul. majest.* atque id respectu accusatoris dictum intelligi debet, cui sopitum abolitione crimen, sine supplicatione renovare

non.

non licet: ad reum vero quod attinet, is & ab alio accusatore, & ab ipso quoque judice repeti potest, ut recte D. Matthæus, *d. cap.* 7.

12. Quid vero si post transactionem aut pactionem unius accusatoris nemo alius reperiatur, qui accusare velit, an impunitum manebit facinus? Respondemus posse adhuc magistratum ex officio procedere & in crimen inquirere, atque in convictos animadvertere, per *leg. congruit*. 13. *ff. de offic. præs. l.* 1. *in pr. C. de cust. reor. l.* 7. *C. de accus. Nov.* 128. c. 1. Fachin. 1. *contr.* 34. & ibi citati. Bene autem idem Fachinæus eodem loco monet, eam inquisitionem non posse inchoari, nisi legitima diffamatione, legitimisque indiciis atque argumentis præcedentibus. Jure Canonum res hæc plane certa est atque explorata. *c. qualiter & quando, de accus. & inquisit.*

13. Quoniam autem diximus primam hujus *l. transigere*, partem pertinere ad crimina, quæ mortis pœnam inferunt, hinc apparet, transigi non posse de crimine, quod fustigationem continet. Ratio est, quia ea pœna non est capitalis, sed toto genere a capitali secernitur. *l.* 2. *in fin. ff. de publ. judic.* Sed nec in membri mutilatione procedet transactio: quippe membro amputato manet nihilominus homo incolumis: apertequε labitur Gomez. 3. *res.* 3. *num.* 54. & Clar. §. *fin. pract. crim. quæst.* 58. *num.* 7. & 8. in quavis corporali pœna transactionem admittentes. Deportatio quoque toto gradu a mortis pœna distinguitur. *l. capitalium*, 28. *in fin. pr. ff. de pœn.* & demum in insulam deportato, si interdictis locis excedat, capitis pœna irrogatur. *l.* 4. *ff. d. t.* ac proinde dicendum est, nec in crimine, cujus pœna deportatio est, licitam esse transactionem; multoque minus licita erit in causa infamiæ; nam & ea aperte distinguitur a capitali, *d. l. capitalium*, §. 1. & quamvis alibi fama vitæ comparetur. *l. justa*, 9. *ff. de mand. vind.* vitam tamen secum non trahit: pœnaque infamiæ non nisi improprie capitalis dicitur, *l. licet*, 103. *ff. de verb. sign.* In pœnis autem propria significatio spectanda. Sed quid dicemus de pœna perpetui carceris? Sane quidem carcer interdum pœna appellatur, *l.* 3. *ff. de cust. reor. l.* 2. *C. e d.* Cæterum nusquam jure civili pœna perpetui carceris, quod ad liberos homines, vel communa, vel licita, *l. ant damnum*, 8. §. *solent*, 9. *l. mandatis*, 35. *ff. de pœn. l.* 6. *C. eod.* Quamvis autem jure Canonico, quod mores hodierni sequuntur, talis pœna permissa sit, *C. quamvis, x. de pœn. in* 6. tamen cum hæc pœna nequaquam mortem ingerat, nec sanguinis sit, non erit licita hic transactio. Clar. *d. q. n.* 9.

14. Majestatis & parricidii crimen quin capitale sit, & pœnam mortis inferat, nullum est dubium: sequitur ergo de utroque pacisci vel transigere licere, argumento primæ partis, *d. l. transigere*, ubi unum duntaxat adulterii crimen excipitur. Habet quidem perduellionis crimen hanc singularem præ cæteris indolem, quod persecutio ejus etiam post mortem rei inchoari queat, *l. ex judiciorum*, 20. *ff. de accus. l. ult. ff. ad l. Jul. Maj.* sed singularia non sunt extendenda: & longe diversum est, quo de hic quærimus. Non obstat, quod conscii, qui non detulerunt hæc crimina morte plecti jubentur, *l.* 5. §. 6. & 7. *C. ad leg. Jul. Maj. l.* 2. *l.* 6. *ff. ad leg. Pomp. de parric.* Etenim conscius sive probationes habeat, sive non habeat, debet ista crimina detegere ac deferre per dd. ll. accusare tamen non tenetur, sive probationes habeat, sive non habeat: nulla enim lex hoc ei injungit; ac proinde standum est regulæ, quod nemo invitus accusare teneatur, *tit. C. ut nem. invit. ag. vel accus.* standum generali definitioni hujus *l. transigere*, quod super crimine capitali transigere prohibitum non sit. Borcholt. *de transact. c.* 3. *num.* 81. Pac. *ad l. transigere*, *n.* 38. Cujac. 6. *obs.* 11. *diff.* Delrio *ad hanc l. transigere. num.* 48. D. Matth. *num.* 14. Loci vero in contrarium allegati conscium criminis puniunt non ob accusationem non institutam, vel pactione aut transactione finitam, sed ob silentium; quia rem occultam habuit. Non tenetur igitur accusare invitus, sed denuntiare tenetur, ut judex ex officio suo in denuntiatum inquirat: id enim facere judicem posse nullo existente accusatore supra demonstravimus.

15. Non obstat, quod in crimine majestatis non conceditur abolitio, *l. ult. C. de abolit.* Aliud enim longe est, abolitionem, id est, accusationis omittendæ licentiam, aut exemptionem a crimine petere; aliud transigere. Abolitio fit intercedente auctoritate magistratus, *l.* 1. & *seqq. C. de abol.* vel a Principe aut senatu conceditur ob diem insignem lætitiamque publicam, *l. abolit.* 8. *l. si interveniente*, 12. *ff. ad SC. Turpill.* res etiam criminis abolitionem continet. Transactio fit pactione privata inter actorem & reum, eo effectu, quem supra indicavi. Imperatores in *d. l. ult.* loquuntur de accusatore & accusato petentibus abolitionem, non de transigentibus aut paciscentibus inter se ut omittatur accusatio. Abolitionem in tam immani crimine petitam jubetur judex denegare: transactio autem non vetatur. Itaque constanter dicimus etiam hic reo sanguinem suum redimenti ignoscendum esse, & actorem, qui cum eo transegit aut pactus est, impune ab accusatione desistere, quia permissu legis desistit, & ideo nec opus habet abolitione, ut paulo ante exposuimus.

16. Quid si delictum tale sit, ex quo quidem ordinarie pœna mortis non ingeratur, sed cujus pœna ex circumstantiis arbitrio judicis ad mortem usque extendi queat? Quidam putant hic transactioni locum non patere, ne alioqui nimium hoc jus porrigatur, & in plerisque de-

lictis

lictis paulo gravioribus (ex quibus pœna extraordinaria ad mortem usque extendi potest juxta communem DD. sententiam) semper habeat reus, quo se excuset, nec ob corruptum pretio adversarium pro confesso habeatur. Neque vero eandem esse rationem delicti, quod ex se & natura sua pœnam capitalem meretur, & quod ex accidenti, ita arbitrante judice. Ego tamen etiam hoc casu regulæ standum arbitror. Parum enim interest, certo constet pœnam capitalem irrogatum iri an de eo dubitari possit; sufficit enim, ut regulæ locus sit, mortis periculum quomodocumque imminere. Itaque cum pactio vel transactio admittatur hujus periculi vitandi causa, *l. 1. ff. de bon. eor. qui ant. sent.* & idem periculum etiam in re dubia immineat, quia fieri potest, ut judex pœnam capitalem, seu jure sive injuria, sit irrogaturus, putarem etiam hoc casu permissam transactionem; & huc facit arg. in *l. 7. §. 1. ff. quod met. caus.* JC. Justum metum mortis, esse ait, si quis occidi potuit, vel non jure. Debet itaque & in nostro casu idem metus pro justo haberi, & locum veniæ facere, ut reus ad ipsum, quod in judicantis potestate extremum est, formidasse intelligatur. Denique illi ipsi, qui ex pœna ordinaria duntaxat, quæ scilicet certo generi delictorum legibus imposita est, æstimandum putant, licitane sit transactio, an secus, fatentur ultro licitam hic esse transactionem, si forte circumstantiæ tales sint, quæ facile judicem movere possent ad inclinandum in sententiam capitalem, & hæc quoque Julii Pacii sententia est *ad h. l. n.* 14.

Atque hactenus quidem explanavimus regulam prima parte hujus rescripti contentam: sequitur, ut ejusdem quoque regulæ exceptionem, quam addunt Imperatores, examinemus. Ajunt *excepto adulterio*.

17. Hæc exceptio arguit crimen adulterii tempore Diocletiani mortis pœna multatum fuisse. Imo etiam multo ante capite id sancitum fuisse evincitur ex *l. castitati, 9. C. ad l. Jul. de adult.* quod rescriptum Alexandri est, qui multis annis Diocletiani Principatum antecessit. Justinianus tamen *Nov. 134. c.* 10. constitutione demum Constantini capitalem adulterii pœnam esse testatur: quod & Brissonius *lib. sing. ad leg. Jul. de adul.* & Don. *ad hanc l. n. 6.* existimant Cujacius vero *lib. 6. obs.* 11. contendit primos Constantium & Constantem id capitale fecisse per *l. 4. C. Theod. quor. app. non recip.* ante tempora quidem Constantini, sed post Diocletiani. Sane ex lege Julia capitalem hujus criminis pœnam non fuisse constat ex Taciti annalium *lib.* 1. 2. *&* 3. sed neque tempore Alexandri morte vindicari solitum non obscure indicant textus in *l. si quis viduam, 5. ff. de quæst. l. Claudius, 13. ff. de his quæ ut indign. l. miles, 11. ff. ad l. Jul. de adult. l. ex eo, 18. ff. de testib.* quæ Pauli est, collegæ Ulpiani, & Alexandro Principi a Consiliis. Divus quoque Augustinus sagacissimus antiquitatis indagator *lib. 3. de civ. Dei*, scribit Romanos feminas adulteras, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte punivisse: ut omnino verosimile sit *d. l. castitati, C. ad l. Jul. de adult.* & hoc nostrum rescriptum interpolata esse a Triboniano, quod & Brissonio, Cujacio, Donelio ad hanc *l. num. 6.* Delrio *num.* 85. Melch. Klok *part. 2. c. 2.* videtur. Sed hoc alias forte latius. Quod si quis jam ex me quærat, quidnam causæ sit, cur cum de cæteris criminibus capitalibus transigere fas fuerit, non tamen idem permissum adulteris?

18. Respondebo 1. exceptum esse adulterium ob frequentiam flagitii. Martialis *lib. 6. Epigr.*

Lusus erat sacræ connubia fallere tedæ:
Lusus erat teneros, &c.

Jam vero frequentia delicti sæpe exigit, ut supplicium exacerbetur, & nimium multis grassantibus opus est exemplo & majore severitate. *l. aut facta, 16. §. ult. ff. de pæn.* 2. Ut tanto magis transactione prohibita matrimoniorum castitati studerent cives Romani. 3. Quia adulterii accusatio non omnibus promiscue patet: nam olim extranei post patrem demum & maritum adulteræ admittebantur, *l. 4. §. 1. & passim ff. ad l. Jul. de adult.* postea extranei plane exclusi, *l. quamvis, 30. C. eod.* Quare admissa hic transactione facile futurum erat, ut ejus criminis impunitas sequeretur. 4. Quia hæc transactio ob conscientiam & patientiam stupri videtur aliquid lenocinii simile habere, & per eum quasi venalia fiunt civium matrimonia, cum ingenti dedecore civitatis, eoque pertinet illud Virgilianum *lib. 12. Æneid. Deformare domum, & luctu miscere Hymenæos, l. mariti 19. pr. & §. 2.* junct. *l. 2. §. 2. & seqq. ff. eod.* 5. Quod adulterio turbentur familiæ, quibus per id partus alieni spuriique inseruntur. In summa cum cætera fere delicta propriæ turpitudinis finibus contineantur, adulterium quoddam veluti vitiorum agmen trahit. Diod. Sicul. *lib. 1. Biblioth.* Atque hæ rationes satis graves ac dignæ mihi videntur ut & magnis quoque doctisque viris, Duareno, Donello, Mornacio, Bachovio, Ant. Matthæo, ob quas transactio super crimine adulterii, etiam postquam id capitale factum est, non sit admissa, contra receptam in cæteris causis capitalibus regulam. Et quidem si maritus aut quis alius pecuniam accepit, ne accuset, plectitur: si gratis ante litem contestatam pactus est, ne accuset, non plectitur, *l. 2. §. 2. l. si maritus, 15. §. si negaverint, 5. l. mariti, 29. §. 2. ff. eod.* Quod si post cœptam accusationem pactus est licet gratis, in pœnam SC. incidit, quia desistit sine abolitione, *l. de crimine, 10. C. eod.*

19. Quæsitum memini, cum solum adulterium a regula excipiatur, an de raptu, de stupro,

pro, de incestu, quæ etiam crimina magnam cum adulterio affinitatem habent, transigere liceat. Et quidem: ut de raptu incipiam, constat id crimen capitale esse, & ultimo puniri supplicio, *l. 5. §. 2. ff. ad leg. Jul. de vi pub. l. un. C. de rapt. virg.* Sed nusquam expresse vetitum de hoc crimine transigere; ac proinde dicendum videtur de eo transigere licere juxta regulam primæ partis hujus rescripti. Tamdiu enim regulæ standum est, donec probetur exceptio. Unde Doctores nostri ajunt, qui pro se habet regulam, eum habere intentionem suam fundatam, atque ideo in adversarium exceptionem prætendentem onus probandi transferre, in qua probatione si defecerit, secundum regulam pronunciandum esse per *l. ab ea, 5. ff. de probat. cum similib.* Non est contrarium, quod servus raptum virginis deferens libertate donatur, *l. pen. C. pro quib. caus. servum pro præm.* Ex eo enim minime sequitur propter pactionem aut transactionem de raptu paciscentem puniri aut pro convicto haberi; sicut nec ex eo, quod parentes, qui patientiam præbuerunt, ac dolorem remiserunt, deportatione plectuntur, *d. l. un. C. de rapt. virg.* aliud enim est pacisci vel transigere super accusatione raptus, aliud dolore, quem raptus attulit, remisso, permittere, ut rapta cum raptore maneat, eique nubat. *Nov. 150.* Sed neque in *Nov. 143.* magis, quam alibi, agitur de parentibus paciscentibus super accusatione raptus: verum de iis, qui dolorem, seu rancanam, ut loquuntur, remiserunt, etiamsi in nuptias non consenserint. Quod si hoc non placet, in proclivi est alia responsio, eaque meo judicio probabilior: nimirum speciali ratione propter turpitudinem pactionis in parentibus puellæ transactionem cum raptore legibus Justiniani improbatam: nihil autem obstare, quo minus extraneus accusator, cum eo paciscі vel transigere possit. Enimvero si raptor conveniatur lege Julia de adulteriis, non proprio crimine raptus seu lege Julia de vi, pactionem vel transactionem illicitam esse planum est & ita propemodum Pacius *n. 34.*

20. Quod stuprum attinet, nego de hoc crimine transigere licere: non quod, ut putat Pacius, appellatione adulterii etiam simplex stuprum contineatur: sed quia simplicis stupri pœna non est capitalis, §. *item l. Jul. 4. Inst. de publ. judic.* & ideo ad secundam hujus legis partem, qua transactio de criminibus non sanguinariis prohibetur, id delictum pertinet. Non movet quod in *l. 6. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult. l. 101. ff. de verb. sign.* dicitur, legem Juliam his vocibus *adulterium*, *stuprum* promiscue & indifferenter usam esse, quamvis proprie adulterium dicatur, quod in nuptam committitur, stuprum, quod in virginem, &c. Nam ex eo recte quidem collegeris verbo stupri etiam adulterium, tanquam speciem stupri contineri, & stuprum quoque simplex eadem lege coerceri eadem pœna, qua adulterium, *l. 11. §. 1. ff. ad l. Jul. de adult.* sed non ex contrario adulterii vocabulo legem complecti & stuprum simplex, aut aucta adulterii pœna & stupri cujusvis auctam. Vide post alios Gœdd. *in d. l. 101. ff. de verb. sign.* Plane stupri qualificati, ut nunc loquuntur, sive præposteræ Veneris, *παιδεραστίας, ἢ ἄλλως παρὰ φύσιν μίξεως*, pœna quidem mors est *d. §. 4. Inst. de publ. judic. l. cum vir, 31. C. ad l. Jul. de adult.* ubi *ἀρσενοκοῖται* exquisitis pœnis subjici & gladio puniri jubentur. Sed hic ego admiserim transactionem propter regulam primam nostræ *l.* a qua adulterium duntaxat proprias ob causas excipitur. Sed & si propter circumstantias puta ob vim adhibitam, &c. pœna stupri exacerbari & arbitrio judicis ad mortem usque extendi possit, licitam quoque hoc casu transactionem dixerint, per ea, quæ supra, atque eo refero *l. 1. §. 2. ff. de extraord. crimin.*

21. Incestus, quoque jure nostro pœna capitis non vindicatur, *l. si quis, 6. & auth. seq. C. de incest. nupt. l. si adulterium, 38. ff. ad l. Jul. de adult. Nov. 12. c. 1.* Quamobrem nec de incestu licita transactio, propter regulam secundæ partis hujus rescripti. Quod si incestus cum adulterio conjunctus est, transactioni obstat regulæ primæ partis exceptio D. Matth. 12.

Sequitur rescripti pars altera. Ajunt Impp. *In aliis autem criminibus publicis, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem.* De criminibus igitur non capitalibus, id est, quæ ultimo supplicio non puniuntur, sed aut membri mutilatione duntaxat, aut fustigatione, exilio ve aut publicatione bonorum, transigere non licet. Ratio est, quia in his nulla tanta occurrit miserationis ratio, ut a tenore juris legumque severitate visum fuerit recedendum esse. Tantum de vita sua periclitantibus & sanguinem suum qualicunque pacto redimentibus ignoscendum putaverunt legum conditores, *d. l. 1. ff. de bon. eor. qui ante sent. l. ult. ff. de pravar.*

22. Huic autem secundæ rescripti regulæ objicitur, quod ab Ulpiano *l. 1. §. 3. ff. de calumniat.* traditum est, si quis pecuniam dederit adversario suo (intellige sive in publicis, sive in privatis causis, ut *d. l. 1. §. 1. & pr. d. §. 3.*) transigendi animo, cessare eas constitutiones, quæ ex hac causa litem perire jubent; & additur pro ratione, quia non sit interdictum transactionibus, sed sordidis concussionibus. D. Pacius putat solutionem hujus objectionis esse facilem, nempe textum istum accipiendum esse in terminis habilibus, cum transigitur de crimine capitali, juxta distinctionem hujus *l. transigere*, quod & vir clarissimi Petrus Cunæus Collega quondam meus probabat. Sed quid si potius textum hunc juvemus distinctione, quæ non est in ipso textu, dicamusque eum locum accipiendum esse de eo actore, qui criminaliter agere proposuerat, cum & civiliter agere posset:

huic

huic enim in casu nondum cœpti judicii nihil obstare videtur, quominus pecunia accepta accusationem nondum institutam remittat; quippe quem consilium mutasse, & pro eo, quod civili judicio consequi potuisset, seu pro damno sibi dato, pecuniam accepisse credendum sit, & ita non pugnabit *l. ult. ff. de prævar.*

23. De pactione nihil exprimitur posteriore regula: An igitur pactio hic licita? Non puto, sed quod in priore parte expressum est, in sequenti ex sententia & mente legislatorum repetendum, *arg. l. Titia*, 134. §. 1. *ff. de verb. oblig.* & *fac. l. 1. §. si quis*, 7. *ff. ad SC. Turp. & pass. eod.* Proinde non minus pactio, quam transactio hic illicita: idque verum est sive ante litem contestatam, sive post eam interposita sit.

24. Et quidem si post litem contestatam interposita sit sive transactio sive pactio, actor incidit in pœnam SC. Turpilliani, *tot. tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec petere potest quod transactionis causa ei promissum est, *l. si quidem*, 9. *C. de contr. stipul.* Quod vero repetere accusationem adversus eundem non potest, non ex eo est, quod valet transactio; sed quia se indignum accusatione fecit, *l. 2. l. 6. pr. ff. ad SC. Turpil. l. 5. ff. de prævar. l. abolitionem*, 16. *C. ad leg. Jul. de adult.* Reus autem post judicium cœptum transigens habetur pro confesso & convicto, *l. 4. l. ejus qui*, 29. *ff. de jur. fisc. l. ult. ff. de præv.* & multatur etiam pecunia fisco inferenda, *l. Imperatores*, 34. *ff. de jur. fisc.* Cæterum hoc ita si pretio pactus sit, ut dixi, post judicium jam inchoatum: nam ea transactio habetur pro confessione facta in judicio. At si ante cœptum judicium facta sit transactio, est quidem & ipsa invalida in crimine non capitali, sed non inducit fictam confessionem.

25. Porro etsi transactio pendente judicio facto habeatur pro rei confessione, quæ fictio est: non tamen hinc sequitur altera fictio, nempe ut reus ita per fictionem pro confesso habitus, simul etiam ante sententiam habeatur pro judicato & condemnato: nam ita fictio germinaretur, quod fieri non potest. Vere confessus in jure habetur pro judicato, *l. post rem*, 56. *ff. de re jud.* sed ibi una tantum fictio est. Et quoniam, ut diximus, reus transigens de crimine non capitali post institutum judicium pro confesso tantum, non etiam pro judicato habetur, inde est quod judex in *l. 2. C. de abolit.* jubetur adhuc in crimem inquirere & sententiam ferre; eodemque pertinet, quod Ulpianus in *l. ejus*, 29. *ff. de jur. fisc.* ait, oportere prius constare, & de crimine pronunciare, & alioqui si pœnæ adjecta sit confiscatio, reusque ante sententiam moriatur, confiscationi non erit locus, *d. l. ejus*, *de jur. fisc.* Neque obstat *l. Cajus Sejus* 22. *ff. ad SC. Silan.* nam cum admissum tale est, cujus causa tantum pecuniaria fit, seu in quo quæstio principalis de pecunia moveatur, ejus cognitio morte rei postulati & pro confesso habiti non extinguitur: imo de novo causam deferre licet, *l. ultim. ad leg. Jul. pecul.*

26. Quid in pactione gratuita? hæc quidem non efficit, ut reus pro confesso habeatur, licet post litem contestatam pactus sit, *l. 4. ff. de jur. fisc.* utique tamen pactio invalida est, quia accusator, si nondum destitit, potest porro accusare: si autem destitit, in pœnam incidit SC. *l. 1. §. si quis*, 7. *l. 16. ff. ad SC. Turpil.*

27. Invalida quoque est in crimine non capitali transactio & pactio facta ante litem contestatam. Nam etsi hic accusator omissa accusatione ex causa transactionis non incidit in pœnam SC. quoniam videri non potest destitisse, qui non accusavit, *l. 5. ff. ad SC. Turpill.* tamen id quod transactionis causa ei promissum est, non potest petere, *l. si quidem*, 9. *Cod. de contr. stipul.* atque ita hæc transactio non prodest accusatori. Sed nec reo prodest: nam accusator non obstante transactione, petetit accusationem inchoare, remque in judicium deducere, neque ei ulla obstabit exceptio. Idemque est, si accusaturus ante judicium cœptum pactus sit gratis, ne accuset; neque enim postea accusanti obstare poterit pacti invalidi exceptio. Siquidem accusatione demum cœpta id observatur, ut qui ab instituta accusatione desistit ex causa transactionis aut pacti, postea non admittatur ad repetendam accusationem, & præterea incidat in pœnam SC. *l. 1. pr. & §. 7. ff. l. 2. l. 1. C. ad SC. Turpill.* Illud certum est, sicut is, qui ante institutam accusationem transegit aut pactus, potest est nihilominus accusationem inchoare, si velit; ita posse eundem etiam eam omittere, si accusare nolit, *arg. tit. C. ut nem. invit. ag. vel accus.*

28. Singulare est in crimine adulterii, quod maritus vel pater si negaverint se accusaturos, non possunt postea accusationem instituere, & extranei tunc admittuntur, *l. si maritus*, 15. §. *si negaverint*, 5. *ff. ad l. Jul. de adult.* Ratio est, quia extranei non admittuntur, si velit accusare pater aut maritus, *l. 4. §. extraneis*, *ff. eod.* Quod si illi expresse negaverint se accusaturos, jam jus extraneis nascitur, quod iis auferri non debet. Quod si maritus non negaverit accusaturum, sed facto ipso non occupaverit accusationem, hoc casu extraneus eum præveniens nihil ipsi præjudicat, *d. leg.* 4. §. *si ante*.

29. Ajunt Impp. In aliis publicis criminibus. An igitur de privatis criminibus; quæ sanguinis pœnam non continent, licita transactio? Nequaquam. Cæterum adhibenda hic est distinctio: nam de privatis delictis & civiliter agi potest, & criminaliter, *l. ult. ff. de injur.* Cum civiliter agitur, licita est in hujusmodi delictis pactio & transactio, obstatque actori nihilominus agere volenti pacti aut transactionis exceptio,

ptio, *l. si pro fur.* 7. *pr. ff. de cond. furt. l. interdum*, 56. §. *qui tutelam*, *ff. de furt. l. post decisionem*, 13. *C. eod.* At enim si pretio quis pactus sit, id est, transegerit, obstabit quidem & hic actori transactionis exceptio: cæterum paciscentem pecunia data, ceu confessum sequetur infamia, *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *l.* 6. §. 3. *ff. de his qui not. infam.* Cum autem criminaliter de furto puta aut stellionatu, aut aliis hujusmodi privatis delictis agitur juxta *d. l. ult. ff. de furt. & l. ult. ff. de injur.* non est admissa transactio: sed reus hic etiam pro confesso habetur, *l. ult. ff. de prævar.* & accusator, licet non incidat in pœnam SC. Turpilliani, officio tamen judicis coercetur, *l. si quis*, 7. §. 1. *ff. ad SC. Turpill.* Itaque quod Imperatores ajunt, in publicis criminibus pœnam sanguinis non ingerentibus transactionem esse illicitam, id non ideo ab iis dici intelligendum est, quia de privatis transactio sit licita, sed quia non semper illicita, non tunc cum de his agitur civiliter: ita ferme post Accurs. Bart. Jas. Alciatum, &c. Fachinæus *lib.* 1. *controv.* 9.

Superest clausula rescripti ultima. Ajunt Impp. *transigere non licet citra falsi accusationem.*

30. His verbis veteres interpretes a secunda rescripti regula excipi putant crimen falsi, ut hic sit sensus, de criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, præter falsi accusationem aut excepta falsi accusatione, transigere non licet: ut quemadmodum de prima regula excipitur adulterium, sic de secunda excipiatur crimen falsi: & ita quoque Græci hanc clausulam acceperunt; sic enim illi *βασίλικ*, 11. secundam rescripti regulam reddunt, *ὅσα δὲ μὴ ἔχει αἵματος τὴν τιμωρίαν, ἐπὶ τούτοις οὐκ ἔρρωται ἡ διάλυσις, χωρὶς τῆς τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος*, atque hanc sententiam etiam neotericorum plurimi secuti sunt. Cujac. 6. *obs.* 11. Borcholt. *c.* 3. *de transact. n.* 92. *& seqq.* Fachin. 1. *contr.* 6. Perez. *C. de transact. n.* 12. Delrio *ad l. transigeres, num.* 141. *& seqq.* Pac. *num.* 47. *& seqq.* Matth. *num.* 18. Monac. *ad fin.* Rationem exceptionis primam hanc esse putant, quod crimen falsi plerumque ad privatum commodum spectet; ac propterea transigentem non videri crimen esse confessum, sed rei suæ consuluisse. Deinde quod olim regulariter de falso potuerit transigi, utpote crimine tunc temporis capitali & pœna mortis ingerente: sicut & hodie interdum ultimo supplicio plectatur, *l.* 3. *l.* 5. *ubi falsi*, 22. *C. ad leg. Corn. de fals.* ac proinde arbitrarium esse falsi judicium: quæ fortasse vera ratio sit, cur super falsi crimine transigere liceat, quippe in arbitrariis, quoties etiam ad mortis pœnam progredi judex potest, transactionem non esse prohibitam arg. regulæ primæ hujus *l. transigere.* Afferunt denique & textus, quibus hæc sententia adstrui videtur, *l. ipse*, 7. *l. de his*, 16. *l. pennult. l. ultim. Cod. dict. tit. l. pen. Cod. hoc tit. l.* 2. *de his quæ ut indign.*

31. Ego tamen cum Donell. *in d. l. transigere, num.* 14. *& seqq.* Klock *p.* 4. *per tot.* Alciat. *sub fin.* Ant. Fab. 2. *conject.* 20. Bachov. *ad hoc tit. num.* 15. Tulden. *ad C. ad SC. Turp. num.* 9. contendo, neque hoc usquam proditum esse, neque constitui posse, nisi valde absurde. Nam aut gravius cæteris crimen falsi esse volumus, aut par, aut levius. Si gravius, tanto magis coercendum: quamquam sunt alia graviora. Si par, cur distinguimus, quæ eadem ratio conjungit? Levius autem dicere non licet. Fieri enim potest, ut testes falsum dixerint adversus aliquem in causa capitis, ut innocentem opprimerent: aut ut probatum sit instrumentum falsum in causa, in qua de omnibus fortunis agebatur. Atque ut agatur tantum de re pecuniaria; non ideo tamen de eo transigere permittendum. Quam multa enim sunt alia crimina de re pecuniaria, de quibus tamen transigere non licet. Est igitur absurdum, cum par aut etiam major sit ratio in falso, quam in cæteris, plus quam in cæteris, licere in falso. Antequam quæstionem ipsam plenius excutiam, dico *citra* in hoc rescripto positum esse pro *fine*; quasi Imperatores scripsissent, *fine falsi accusatione*, vel *nisi falsi accusationem subire velit accusator*: ut non alius horum verborum *citra falsi accusationem* sensus sit, quam quod accusator transigens de crimine non capitali incidat in accusationem falsi constitutam SC. Turpilliano.

32. Etenim verbi *citra* duplex tantum est significatio, interdum idem significat, quod ab hac parte, *ὡς τὸ ἐπὶ τάδε* cujus contrarium est *ultra*. Horat. *Quos ultra citraque nequit consistere rectum*, aliquando idem, quod *fine* sive *absque ἄνευ*, nec tunc verbum est ambiguum quod interdum vim excipiendi habeat, sed rem unam duntaxat significat, idemque perpetuo valet, quod *fine*: nusquam autem apud ullum idoneum scriptorem pro *præter* accipitur. Sueton. *in Cæs. citra senatus populique auctoritatem*. Quintil. *l.* 1. *citra musicem grammatice perfecta non est*; Papinianus, *l. ult. ff. de publ. judic. citra periculum*. Idem *l.* 1. §. 1. *ff. de pign. citra conventionem*. Idem *l. ult. ff. de in diem add. citra delegationem*. Ulpianus, *l. ut sit*, 31. *ff. pro soc. citra societatem*. Idem *l. exercere*, 6. *ff. de curat. furios. citra causæ cognitionem*. Idem *l.* 1. §. *si quis* 7. *ff. ad SC. Turpill. citra abolitionem*. Idem passim, *l.* 8. *ff. h. t. citra auctoritatem*, *citra cognitionem prætoris*, *citra prætorem*, *l.* 3. *C. de usur. citra vinculum stipulationis*, *l.* 1. *C. de jur. fisc. citra fraudem creditorum*.

33. Apud auctores quoque hujus rescripti *citra* semper pro *fine*, nunquam pro *præter*, vid. *l. cum semper*, 10. *l. nullo*, 24. *Cod. de rei vind. l. nec filius*, 7. *C. de reb. cred. l. si ex pretio*, 6. *C. si cert. pet. l. si pretium*, 19. *C. de proc. l. cum*

tum citra, 15. *C. de jur. dot. l. pen. C. de pign. l.* 2. *C. sent. resc. non poss.* &c. Quis autem credat, eosdem, qui tot locis & pluribus aliis, quos congressus Klech, *citra* constanter usi sunt pro *fine*, uno in loco pro *præter* & exceptive usurpasse? Sane in *l. un.* §. *accedit*, 13. *C. de rei uxor. act. vers. extraneum*, vox *citra* pro *præter* accipitur, sed ista lex Justiniani est, & compositio Triboniani, quos nemo dixerit bonos esse Latinitatis auctores, nisi qui linguæ Latinæ plane sit rudis, ut ipse Tribonianus fuit.

34. Tempore autem Diocletiani sua adhuc constabat Latinæ linguæ puritas, ut apparet ex omnibus ejus rescriptis. Quod vero Papinianum etiam eadem voce pro *præter* & exceptive uti ajunt in *l. ult. ff. de calumniat.* id ex eo loco, minime evincitur. Imo si quis attendere velit, *citra pretii æstimationem* illic nihil aliud valet, quam sine pretii æstimatione. Sentit enim Papinianus dominum servi in casu ibi proposito sic agere de calumnia accusatoris, ut agat de calumnia solum, id est, separato judicio de calumnia, ut simul non agat de damno & pretii servi æstimatione; idque sequentia verba clare ostendunt: subjicit enim de calumnia agi citra hanc æstimationem, id est, sine hac æstimatione, quia separatum sit calumniæ crimen a damno, sive quia de calumniæ crimine separatim & sine damni quæstione agi potest. Si *citra* pro *præter* hic accipias, hic erit sensus, posse agi cum isto accusatore de utroque simul & de calumnia & de damno: quod adversatur sententiæ Papiniani, qui ait separata esse judicia calumniæ & æstimationis: aut si pro exceptione accipias, excipiet Papinianus de crimine æstimationem servi, quod esset hominis non intelligentis, quid sit exceptio. Cæterum etsi *citra* pro *præter* Papinianus dixisse ponamus, eumque ita scripsisse: *Sed & præter pretii æstimationem, quæritur de calumnia ejus*: tamen id nihil eos juvare poterit, qui contendunt *citra* aliquando denotare exceptionem.

35. Nam nec *præter* semper est exceptionis nota. Si dicam, *Multa sunt præter hæc, quæ objici merito potuissent*: aut ut Plinius, *lib.* 10. *nat. hist. præter hominem somniare equos, boves, canes, pecora, capras palam est*: nemo, cui sana mens est, dixerit verbo *præter* hic excipi quæ objecta sunt, aut hominem. Sic etsi Papinianus ita scripsisset: *præter æstimationem pretii ejus, quo servus ob quæstionem deterior factus est, & de calumnia accusatoris quæri potest*: nemo nisi fungus, dixerit Papinianum hic excipere æstimationem servi.

36. Postremo, quod apprime notandum est, his verbis rescripti: *In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt*, non statim, & immediate subjungitur, *citra falsi accusationem*; sed eam clausulam antecepit, *transigere non licet*; ita ut postrema illa clausula sanctionem continere omnino sit verisimile.

37. Sed omissis rescripti verbis, Græcorumque auctoritate in quæstione de usu verbi Latini facessere jussa, videamus de jure: & primum an sufficiens sit illa exceptionis ratio, quæ vulgo afferri solet, nempe quod licet crimen falsi publicum sit, plerumque tamen pertineat ad causam & utilitatem privatorum. Mihi sane non videtur: sunt enim & alia hujusmodi, ut crimen violentiæ: sed nec super privatis delictis, si criminaliter agatur, transigere licet, ut supra probatum est. Denique si hæc ratio valeret, non simpliciter excipi crimen falsi debuisset, sed tunc solum, cum privatum commodum respicit.

38. Quod affertur pro ratione secunda, olim hoc crimen regulariter pœnam mortis habuisse falsum esse apparet ex *leg.* 1. *in fin. l. ult. ff. ad leg. Corn. de falsi*. Paul. 5. *sent.* 25. §. *item lex*, 5. *Inst. de publ. jud.* unde discimus pœnam falsi ex lege Cornelia fuisse deportationem. Quamvis autem ex circumstantiis & pro gravitate criminis hæc pœna exasperari queat, adeo ut etiam ad pœnam mortis procedere judex possit, *l.* 1. *l.* 5. *l. ubi falsi*, 22. *C. ad leg. Corn. de fals.* tamen id non solum in falsi crimine, quod per se capitale non est, obtinet, sed in aliis quoque criminibus, quorum pœna ordinaria ex circumstantiis aggravari potest. Nam ubicunque circumstantiæ delictum aggravare possunt, & mortis pœna dignum efficere, ibi etiam mortis pœna irrogari potest: quoniam pœna & culpæ inter se debet esse proportio: & sic eadem ratione plura alia crimina per se non capitalia excipi deberent. Concedamus autem, quando tales sunt delicti circumstantiæ, ut constet posse reo ob falsum commissum pœnam irrogari capitis, atque hoc casu etiam permissam super falso transactionem, *arg. l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ant. sent.* At hoc posito jam crimen falsi in tali casu non excipimus de regula *l. transigere* secunda, sed ad primam referimus. Denique extra hunc casum sub regula secunda contineri profitemur.

39. Loci, qui ad adstruendam contrariam sententiam afferuntur, nihil minus probant, quam quod de accusatione falsi transigere liceat. In l. *ipse significas*, 7. *C. ad leg. Corn. de fals.* scriptum quidem est, eum, qui de instrumento, quod falsum esse dicebatur, transegit, non esse audiendum, si id, cui semel acquievit, tanquam falsum velit accusare. Cæterum de falso instrumento illic transactum proponitur, nimirum in causa pecuniaria, cum forte creditor peteret centum, & in eam rem proferret instrumentum, quod in dubium vocabatur a reo: id reus postea, ajunt Imperatores, tanquam falsum accusare non potest. De falso igitur instrumento illic transactum est, non de falsi crimi-

ne

ne seu accusatione, quæ instituta non fuit. In privata lite de falso transigere licet, neque hoc dicimus nostra *l. transigere*, prohiberi. Eademque responsio aptanda *l. pen. C. h. t. in fin.* ubi dicitur controvertiam de instrumento, quod falsum dicebatur, ortam transactione decidi posse. Sed & cæteris locis, quibus super falso transactum esse legimus, non de falsi crimine transactam esse intelligere debemus, sed de causa falsi in lite privata & judicio civili. In quo reprehendendi sunt, qui scribunt se non intelligere, quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit, quam de falso instrumento transigere. Longe enim differunt transigere de falso instrumento prolato forte in causa civili, & transigere de crimine sive falsi accusatione instituta judicio publico aut criminali: aut si hæc non differunt, ego plane non intelligo, quid illud sit, quod Imperatores rescribunt *l. de fide*, 16. *Cod. ad leg. Corn. de fals.* ei, qui de fide instrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam esse, per accusationem, & per privatam disceptationem: quod & pluribus aliis locis proditum, *l.* 5. *l. si docueris*, 9. *l. si lis*, 11. *l. sicut falsi*, 17. *l. pen. & l. ult. Cod. eod. tit.*

40. Quod si quis jam quærat, si verba illa, *citra falsi accusationem*, sic accipiantur, non licere de criminibus non sanguinariis transigere, quin parata sit adversus eum, qui transegit, falsi accusatio, quodnam hic falsum committatur, quod vindicetur lege Cornelia: Respondemus nos non dicere tale quicquam hic committi, quod incidat in legem Corneliam de falso: sed quod incidat in accusationem falsi, quæ constituta est in eos, qui ex conventione litem & accusationem deserunt; & nimirum accusatoris litem ex pactione aut transactione deserentis hanc esse pœnam, ut incidat in SC. Turpillianum, *l.* 1. *§. accusatorem*, 10. *vers. at quin Papinianus l.* 6. *in senatusconsultum*, 15. *ff. eod.* Nullus enim dubito, quin rescriptum hoc directum sit ad accusatorem, & postremis rescripti verbis sanciatur pœna in. litis desertorem. Reus autem transigens, ut supra demonstratum est, pro confesso sic habetur. Quid ergo genus falsi est, quod SC. coercetur? Prævaricatio & tergiversatio. Prævaricari est colludere cum adversario, genus falsi in eo manifestum, quod qui prævaricatur, veras probationes falso dissimulat, falsas adversarii admittit, *l.* 1. §. 1. *& 6. ff. d. tit.* Tergiversari est ab accusatione desistere *d. §.* 1. quod qui facit, haud secus ac prævaricator vera crimina abscondit, quanquam fuga & silentio, non ut prævaricator simulata accusatione, facit huc *l. de crimine*, 10. *C. ad leg. Jul. de adult.*

41. Franciscus Hotomanus, vir magnus sane & bene præclareque de Jurisprudentia meritus, transpositione verborum totam nostræ hujus *l. transigere*, sententiam invertit mutavitque, ac converso plane modo Imperatores rescripsisse autumat, de criminibus non capitalibus transigere licere præterquam de adulterio: cæterum de criminibus pœnam sanguinis ingerentibus transigere nefas esse, ac proinde textum *l. transigere*, ita concipiendum esse; *Transigere vel paciscì de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non est. In aliis autem publicis criminibus, quæ sanguinis pœnam ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.* Ita Hotomanus *lib. quæst. illustr. cap.* 24. ubi septem fere argumenta primæ hujus legis definitioni objicit, quibus inductus hanc metathesin excogitavit. Sed profecto non tantum contra fidem omnium exemplarium, & constantem Græcorum interpretum versionem *lib.* 11. *βασιλ. tit. περὶ διαλύσ.* ubi ait, *ἐπὶ μὲν τῶν δι' αἵματος ἐχόντων τὴν τιμωρίαν ἐγκλημάτων ἔξεστι διαλύεσθαι.* Harmenop. *lib.* 1. *t.* 10. *εἰς μὲν τὰ δι' αἵματος ἐπιφέροντα τὴν τιμωρίαν καλῶς διαλυόμεθα.* Verum etiam contra tot locorum, quæ supra memoravimus consonantem concordemque sententiam. Argumentis Hotomani facile ex iis, quæ jam disputata sunt, occurri poterit: singula enim repetere, ac denuo confutare nec lubet nec vacat.

42. Hodie dispositio *l. transigere*, 18. cessare fere & inutilis est, eam non cuivis e populo, sed procuratori fisci, aut Schulteis Balivisve locorum persecutio criminum competat. Atque hi quidem si in accusatione succumbant, aut crimen non probent, non incidunt in pœnam talionis: ac tametsi desistant ab accusatione sine abolitione, non tamen in his locum habet *tit. ff. & C. ad SC. Turpill.* nec *tit. C. de abolit.* Cæterum nec inconsulto Principe, cujus vicem apud nos hac in parte Camera rationalis gerit, Merul. *prax. civ.* 4. *tit.* 14. *c.* 2. *&* 6. de ullo crimine transigere cum reo possunt: quoniam impunita manerent crimina nullo alio accusante. Quam ob causam nihil hic restat quam ut Princeps crimen condonet: id autem non fit, nisi prius placatis amicis, vid. Gomes. 3. *var. resol.* 3. *n.* 56. *& seqq.* Clar. *lib.* 5. *fin. quæst.* 58. Christ. *vol.* 1. *decis.* 152. Tulden. *ad Cod. tit. de transact. num.* 6. Matth. *de crim. ad lib.* 48. *ff. tit.* 20. *cap.* 4. Groenevv. *de ll. abrog. ad l. transigere.*

CAPUT VIII.

De vi & effectu transactionis.

SUMMARIUM.

1. *Transactio non aliis nocet, aut prodest, quam qui eam interposuerunt.*
2. *Casus speciales, quibus transactio ab aliis facta aliis prodest, aut nocet.*
3. *Transactio non retractatur.*
4. *Cur exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi,*

di, transactionis, dicantur exceptiones litis finitæ.

5. *Non retractatur transactio, etiamsi facta sit de causa, ex qua transigens non erat obligatus.*
6. *Quid si nova instrumenta reperta sint.*
7. *Mutuo consensu transactio dissolvi potest.*
8. *Unius pænitentia non potest.*
9. *Quando facta cum minore 25. annis rescindi possit.*
10. *Rescindi potest, quæ ex falsis instrumentis interposita.*
11. *An beneficio l. 2. C. de resc. vend. in transactione locus.*
12. *Explicatur l. si superstite. 5. C. de dolo.*
13. *Dubii eventus certa æstimatio constitui non potest.*
14. *Rescindi potest transactio dolo malo facta, & quæ hic juris remedia.*
15. *Juratæ transactionis non servatæ quæ pæna: & an id pertineat etiam ad jure invalidas juramento firmatas.*
16. *Quæ sit vis ac potestas clausulæ generalis subjectæ transactioni de aliqua controversia factæ.*
17. *Emendatur vitiosa lectio in l. 5. ff. h. t.*
18. *Tollitur vitium in l. 14. §. 7. ff. de religios.*
19. *Explicatur §. ult. l. 122. ff. de verb. obl.*
20. *Quando generalis clausula subjecta transactioni generalem recipiat interpretationem.*

1. SUperest, ut videamus, quæ transactionis vis ac potestas. Et quidem illud in primis pro explorato habendum, transactionem iis duntaxat nocere aut prodesse, a quibus interposita est, aliis nequaquam, v. c. Duo rei promittendi pepigerunt, aut transegerunt inter se, ut unus totam summam persolvat: creditor nihilominus cum altero experiri potest, *l. debitorum*, 25. *C. de pact.* Qui tres habuerat tutores aut curatores, cum duobus transegit, transactio cum duobus illis facta tertio ad exceptionem non prodest l. 1. *C. h. t.* atque hoc generaliter locum habet in pactionibus omnibus, *l. si unus*, 27. §. *ff. de pact. l.* 2. *C. res int. al. act. l. quoties la* 73. §. *ult. de reg. jur. l.* 3. *pr. ff. h. t.* ubi Imperatores Antoninus & Verus rescripsisse dicuntur, privatis pactionibus jus aliorum non lædi extra dubitationem positum esse. Ajunt *pactionibus privatis*, quia publicæ plerumque aliis & prosunt & nocent, cum quibus tamen factæ non sunt.

2. Occurrunt quidem & in privatis pactionibus casus, quibus transactio ab aliis facta aliis aut prodest aut nocet, sed non nisi ubi manifesta id suadet æquitas aut utilitas; velut in *l. ult. ff. eod.* ubi debitori adversus emptorem hereditatis accommodatur exceptio transacti cum herede eoque venditore negotii, ne sc. justa ignorantia debitori noceat. *fac. l.* 3. *C. de novat.* Item in *l. controversia*, 14. *ff. eod.* ubi hereditate inter scriptum & legitimum heredem per transactionem divisa, creditores hereditarii, quamvis cum iis transactum non sit, utrumque pro divisis partibus convenire debent: sed hoc utilitatis causa propter incertitudinem successionis receptum dicitur.

3. Cæterum transactio inter ipsos transigentes eandem vim habet, quam res judicata, *l. non minorem*, 20. *C. eod.* Et propterea causa transactione decisa & finita non magis, quam sententia *l.* 1. *C. sent. resc. non poss.* retractatur, ne alioqui nullus sit litium finis, *l. fratris*, 10. *Cod. eod.* Paria habemus apud Demosthenem in exceptione contra Panrænetum, & pro Phormione, item apud Symmachum *lib.* 7. *epist.* 108. *& seq.* Atque hoc adeo verum est, ut nec rescripto Principis causæ transactione terminatæ resuscitentur, *l. causas*, 15. *C. h. t.* sicut nec res judicatæ, *l. ult. C. sent. resc. non poss.* nec jurejurando decisæ, *l. admonendi*, 31. *ff. de jurejur. l.* 1. *C. de reb. cred.*

4. Unde tres hæ exceptiones transactionis, rei judicatæ & jurisjurandi appellantur exceptiones litis finitæ, *c.* 1. *&* 2. *x. de lit. contest.* nimirum quia impediunt litis ipsius ingressum, id est, quia repellitur actor agere volens post transactionem factam, litemve jurejurando aut sententia judicis decisam per finem non recipiendi, ut in foro loquuntur pragmatici; cum aliæ exceptiones, quamvis peremptoriæ sint, veluti doli mali, pacti conventi, litis ingressum non impediunt.

5. In tantum autem transactionis lis finitur, ut etiamsi transactio facta sit de causa, ex qua is, qui transegit, non erat obligatus, tamen non audiatur allegans causam transigendi nullam fuisse, *l. nec intentio*, 33. *C. h. t.* sera quippe illa post transactionem allegatio est. Quinimo qui transactionis nomine promisit aut solvit, non recte dici potest sine causa promisisse aut solvisse, quia hoc ipsum ut a lite discedatur satis justa causa videtur, *l. in summa*, 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* atque huc etiam pertinet *l. si nam*, 6. *C. de jur. & fact. ign.*

6. Quid si nova instrumenta postea reperta sint, quibus adversarius ostendere possit se non fuisse obligatum, ejusque rei judici fidem facere? Ne hoc quidem prætextu transactionem bona fide factam magis quam rem judicatam *l.* 4. *C. de re jud.* rescindi jura nostra patiuntur, *l. sub prætextu* 19. *&* 20. *C. h. t.* quamquam initam ex falsis instrumentis retractari jubent, *l. pen. C. eod.* sed hoc etiam obtinet in re judicata, *tit. C. si ex fals. instrum. jud. sit.*

7. Quamvis autem verum sit, quod diximus causam transactione decisam retractari non posse, non est tamen usque adeo perpetuum, ut nullam habeat exceptionem. Neque enim dubitandum est, quin mutuo utriusque transigentis consensu dissolvi transactio possit *l. si diversa*, 14. *C. h. t. l. nihil*, 35. *ff. de reg. jur.* atque hoc pro-

procedit non modo re adhuc integra, verum etiam re secuta, & reddita: quoniam partium consensu vis omnis transactioni abrogata est, *d. l. si diversa*, *fac. l. ab emptione*, 58. *ff. de pact.*

8. Unius autem pœnitentia rescindi non potest, nec si res adhuc integra sit, *l. si major*, 36. *l. quamvis*, 39. *C. h. t.* Nam etsi reus quæ transactionis causa placita sunt, præstare recuset; tamen si aliqua actio ex conventione nata sit actori, qua quod promissum est, persequi possit, ea experiri debet, litem decisam nihilo magis instaurare potest, *l. si pro fundo*, 33. *Cod. eod.* Idemque est, si reo promissa transactionis causa non implente, pœna in stipulationem deducta sit, *l. præmissis*, 37. *C. eod.* Quod si nulla eo nomine actori sit actio, poterit quidem ille jam veterem actionem instaurare, *l. si institutа*, 21. *ff. de inoff. testam. l. sive apud*, 28. *C. h. t. l. cum proponas*, 21. *C. de pact.* Cæterum qua non absolute consequatur, quod ea actione petit, sed alterutrum, vel quod petit, vel quod reus transactionis causa promisit, *d. l. sive apud*, *Cod. h. t.* bene & plene Donell. *in d. l. si major*, 36. *eodem*.

9. Præterea rescinditur transactio facta cum minore viginti quoque annis, *l. si non in minorem*, 20. *in fin. l. si majores*, 25. *l. si major*, 36. *Cod. hoc tit.* a contrario sensu. Sed non aliter, quam si hæc tria a minore doceantur: 1. se minorem 25. annis esse. 2. se læsum aut captum. 3. se imbecillitate consilii & ætatis lubrico in eam captionem incidisse: hoc enim & in aliis causis omnibus obtinet, adversus quas restitutionem postulat, *l. verum*, 11. §. 3. & 4. *l. intra*, 39. *leg. de ætate*, 43. *ff. de minor. leg.* 4. *leg.* 5. *Cod. eodem*.

10. Ad hæc & eam transactionem retractari posse placet, quæ ex falsis instrumentis interposita est, id est cui falsa instrumenta causam dederunt, cum quis videlicet falsis instrumentis ab adversario prolatis, horum metu inductus transegit, *l. pen. C. h. t.* quippe cum eadem ex causa etiam res judicata rescindatur, ut modo diximus, *l. 1. & pass. C. si ex fals. instrum.*

11. Non ignobilis hic occurrit quæstio, an ob enormem læsionem rescindi debeat transactio beneficio *l. 2. C. de resc. vend.* puta si quis dicat se duplo minus ex causa transactionis accepisse, quam ei debebatur, aut quam in petitione deduxerat. Ego simpliciter id negandum existimo, nec unam ob rationem. Etenim transactio comparata est ad lites finiendas, *l. fratris*, 10. *C. h. t.* sicut & jusjurandum, cui transactio æquiparatur, *l. 1. & l. 2. ff. de jurej.* Et ideo quemadmodum dato jurejurando non aliud quæritur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an debeatur, *l. 5. §. 2. ff. eod. t.* sic lite transactione bona fide sopita nihil amplius quærendum quam an transactum sit: ne alioqui remedium finiendarum litium, fiat earundem seminarium: estque in eam rem textus notabilis in *c. 1. x. h. t.* nec aliam rationem habet, quod placuit nec principali quidem rescripto litem transactione legitima finitam resuscitari oportere *l. causas*, 16. *C. h. t.* Sed nec minorem auctoritatem habet transactio, quam res judicata, *l. non minorem*, 20. *C. eod.* At res judicata prætextu læsionis non retractatur, *l. 4. C. de re judicat.* Et sicut ex causa judicati solutum non repetitur condictione indebiti, *l. 1. C. de cond. indeb.* ita nec solutum ex causa transactionis, etsi debitum non sit, *l. in summa*, 65. §. 1. *ff. eod. tit. l. 6. C. de jur. & fact. ignor.* Quid quod pecunia, quæ transactionis causa solvitur, non datur tanquam in præteritum debita; sed ob causam futuram, ut aliquid sequatur, *l. nec intentio*, 23. *C. h. t.* quod apprime notandum est. Et satis abundeque magna causa est, cur detur, quod a lite discedi- tur, *d. l. in summa*, §. 1. *ff. de cond. ind. ll. gaigne assez*, ajunt Galli, *qui se met hors de procez*. Adhuc nec ob reperta postea instrumenta transactio rescinditur, *l. sub prætex.* 19. *C. h. t.* At quæ justior causa læsionis, aut quæ gravior læsio? Potest enim instrumentum ostendere liquidum & integrum jus, quod forte accepta decima parte remissum sit. Scævola in *l. Lucius Titius*, 78. §. *ult. ff. ad SC. Trebell.* casum proponit, quo reperta sunt instrumenta, ex quibus apparuit quadruplo amplius in hereditate fuisse, quam heres fiduciarius ex causa fideicommissi restituerat: & tamen negat, si transactio intervenerit, amplius fideicommissi nomine peti posse: qui sane locus non potest intelligi de transactione interposita postquam jam instrumenta reperta essent: ut putat Christinæus *vol. 3. decis. 67. n.* 3. alioqui non transactio ea, sed gratuita pactio & liquidi juris remissio esset: & quid si postea transactum, an ideo minus audiendus, qui causabitur enormem læsionem? adde quod apud Scævolam non illud quæritur, an rescindenda sit transactio propter instrumenta postea reperta, ex quibus apparuit quadruplo amplius, quam restitutum erat, in hereditate fuisse; sed illud tantum, an in reliquum fideicommissi nomine heres conveniri queat. Unde intelligimus tanto minus transactionem bona fide interpositam prætextu læsionis rescindi oportere, cum ne id quidem Scævola admittat, ut si transactum sit in reliquum fideicommissi nomine heres conveniatur. Etenim palam est transactione rescissa omnia in pristinum statum restitui: secus autem esse, si quis in reliquum duntaxat conveniri possit.

12. Non movet *l. si superstite*, 5. *C. de dol.* ubi filiæ emancipatæ quæ cum patre super causa gestæ tutelæ bona fide transegerat, ob immodicam læsionem actio in factum adversus patrem datur. Nihil enim minus ex isto loco colligi potest, quam transactionem bona fide interpositam solo læsionis prætextu posse rescindi. Ajunt Imp. si filia immodice læsa fuerit ex liberatione quæ transactionem secuta sit novatione & ac-

 cepti-

ceptilatione solemniter interposita, ei non quidem de dolo propter paternam verecundiam, sed in factum actionem tribuendam esse. Hic igitur locus de alio casu accipi non potest, quam quo immodica illa læsio intervenerit dolo patris, liberatione per fraudem filiæ expressa, & nimirum, quo si adversus extraneum ageretur, competeret actio de dolo. Dolum legibus vindicari nemo negat: sed illud quoque in confesso est de dolo agi non posse nisi cum eo, in cujus persona dolus arguitur. Nam cum hæc actio sit in personam, non in rem scripta, atque adeo famosa (quam ob causam nec inter extraneos competit, si de ea re alia sit actio *l.* 1. §. *pen.* & *ult. ff. de dol. mal.* nec inter patrem & liberos, etiamsi alia actio non sit, *l. non debet*, 11. *ff. eod.*) non aliter dari potest, quam si persona designetur, cujus dolo malo factum sit, *l. sed* & 15. §. *ult. eod.* nunquam alio colore, aut læsionis quantæcunque obtentu. Nam quod enormissima, ut a pragmaticis vocatur, læsio, V. C. quæ ultra bessem sit, dolum rei ipsa inducat, paremque cum dolo ex proposito vim habeat, commenum est interpretum in *l. si quis*, 36. *ff. de verb. oblig.* vid. Ant. Fab. *C. suo for. h. t. def.* 4. & *de resc. vend. def.* 3. Cur igitur constitutio objecta requirit læsionem immodicam? Respondeo, id non debet interpretationem recipere ex l. 2. C. de resc. vend. quoniam dolus non ex quantitate damni, sed ex qualitate facti æstimatur; *l. dolus*, 10. *Cod. eod. tit.* nec unquam esse potest *sine machinatione* *l.* 1. §. 2. *ff. de dol. mal.* sed ideo adjectum est, quia si modica tantum læsio interveniret, non facile adversus partem actio in factum subsidiaria actionis de dolo daretur; sicut nec dari solet actio ipsa de dolo pro modica summa adversus alium quemlibet, *l. si quis*, 9. §. *ult. cum l. seq. d. tit.* ut bene Ant. Fab. *dec.* 1. *err.* 7. adde und. *dec.* 8. *err.* 10.

13. Denique ratio cur actori transigenti hoc beneficium concedendum non videtur, sita est in dubio litis eventu. Quid enim? forte illi non debebatur, quod petebat: & dato debitum fuisse, quod petebatur, fortasse tamen probare non poterat, aut propter impensas dubium litis eventum noluit expectare. Quæ autem certa erit rei tam incertæ æstimatio. Quæ dubia sunt, ea certam æstimationem non recipere ait Ulpianus, *l.* 29. §. 3. *ad l. Aquil.* imo vix est, ut ratione comprehendi queat certa dubii litis eventus æstimatio: fateor dubium eventum æstimari posse, *l.* 23. *ff. fam. erc. l.* 12. *ff. de act. empt. l.* 11. *de her. vend.* sed nego dubii eventus certam posse constitui æstimationem, *d. l.* 29. §. 3. *l. quod debetur*, 51. *de pecul.* ac proinde nec certa læsio dici potest, quæ ex hujusmodi eventus dubii æstimatione inducatur: & tamen certam esse læsionem oportet, & quidem contractus tempore præcise inspecto, ut locus sit *l.* 2. & 8. *C. de resc. vend.* quam ob causam etiam recte defenditur, remedium *d. l.* 2. locum non habere in venditione hæreditatis aut nominis, cum nec evictio hic præstetur, *l.* 8. §. 1. *ff. de cont. empt. l.* 2. §. 3. *l.* 4. *l.* 11. *l.* 14. §. 1. *ff. de her. vend. l. si plus*, 74. §. *ult. ff. de evict. l.* 1. §. 1. *C. eod.* In reo transigente non videtur huic quæstioni locus esse, quippe cum nemo plus dare soleat, quam ab ipso petitur: sed tamen potest locum habere: nam etsi nemo plus solvit, quam petitur, potest tamen dicere se nihil debuisse, & nihilominus ad vitandam litem aliquid dedisse; quo tamen casu cum cesset condictio indebiti, quæ & ipsa ex humanitate & bono atque æquo introducta est, *l. pen. ff. de cond. ind.* etiam cessare debet remedium *d. l.* 2. Scio Pinellum *ad d. l.* 2. *p.* 1. *c.* 3. *n.* 5. & bonam cum eo partem interpretum, beneficium *d. l.* 2. porrigere ad quoscumque contractus, etiam stricti juris, ipsamque adeo transactionem: sed sane beneficium contra communes regulas juris in bonæ fidei contractibus ex humanitate concessum, haud temere ad stricti juris judicia producendum est; utique non ad transactionem, quæ ad liberationem & lites sopiendas comparata est; quamvis id quoque faciat idem Pinellus *ibid. n.* 10. audaci sane interpretatione & multarum litium semina continente optime. D. Andr. Gail. 2. *obs.* 70. Damhoud. *Prax. civ. c.* 200. *n.* 6. & *seqq.* Ant. Fab. *dec.* 8. *err.* 10. Diod. Tulden. *ad tit. C. de resc. vend. n.* 5. add. Christin. *vol.* 1. *decis.* 288. & *vol.* 3. *dec.* 67. & ibi alleg.

14. Postremo etiam transactio dolo malo facta rescindi potest, *l.* 4. *l. sub prætextu*, 19. *C. h. t.* Non est hic ipso jure nulla, etiamsi dolus causam transactioni dederit: Nam in solis bonæ fidei judiciis hoc receptum est, ut dolus dans causam contractui eum reddat ipso jure nullum, *l.* 7. *pr. de dol. l. in causa*, 16. §. 1. *de minor.* in strictis judiciis non item *l. si quis*, 36. *de verb. oblig. l.* 5. *C. de inut. stip.* cujus generis constat esse transactionem. Et ideo quod in *l. in summa*, 65. §. 1. *ff. de cond. indeb.* dicitur, ubi evidens calumnia detegitur, transactionem imperfectam esse & repetitionem dari, ad effectum & exitum referri debet, non ad jus summum: hoc enim ipsum, quod repetitio dari dicitur, satis arguit pecuniæ ob transactionem datæ dominium esse translatum, & summo jure processisse, quod gestum est. Cæterum qui dolo adversarii deceptus est, & circumventus, in hoc, ut transigeret; si quidem actor est, eique adhuc superest actio, veluti si tantum pactus est se non petiturum, poterit instaurare actionem, reumque excipientem de pacto doli mali replicatione removere *d. l. sub prætextu*, 19. *C. hoc tit. l.* 5. *C. de pact.* Si autem vetus actio sublata est, ut fit cum actor reum interposita stipulatione Aquiliana, & secuta acceptilatione liberavit, poterit intra tempus constitutum exercere actionem de dolo *dict. leg. sub prætextu*

textu l. 4. C. eod. Reus deceptus si nondum præstitit, quod transactionis nomine promisit, habet, si conveniatur, exceptionem doli: si præstitit, habet ultro condictionem sine causa, qua repetat datum ob eam causam, quam jure non subesse postea apparuit, *l. 1. ff. de cond. sine caus.* Don. *ad d. l. sub prætextu, & l. pen. C. h. t.*

15. Jurata transactio non tantum servari jubetur, sed etiam in eum, qui non servat & contra eam venit, pœna statuitur, eaque duplex. 1. infamia. 2. ut pœnam conventam solvat, & tamen agere non possit, *l. si quis major. 41. C. h. t.* Loquitur autem hæc lex nominatim de majore 25. annis, ac proinde ad minorem porrigenda non est, maxime cum sit pœnalis, *fac. l. fere in omnibus, 108. l. factum cuique, 155. §. 2. de reg. jur. c. in pœnis, x. eod. in 6.* Sed an ista constitutio etiam pertineat ad transactiones ipso jure invalidas, juramento tamen firmatas, quæsitum est. Respondeo tales transactiones jure civili per jusjurandum non confirmari, *l. si ex falsis, 42. C. h. t. l. 5. C. de legib. l. 7. §. 16. ff. de pact. l. si quis, 112. §. ult. de legat. 1.* secus autem esse de jure Canonum, per *c. cum contingat, 28. x. de jurej. c. quamvis, de pact. in 6.* Exempli gratia, non valet jure civili transactio de alimentis testamento relictis facta citra cognitionem prætoris, etiamsi jurata sit: jure tamen canonico talem transactionem jurejurando firmatam valere satis superque credo me ostendisse *sup. c. 5.*

16. Circa effectum transactionis etiam quæritur de vi ac potestate generalis clausulæ, quæ nonnunquam transactioni de re una, aut etiam pluribus expressim factæ, subjici solet: qua scilicet cavetur, *omnia esse amicabiliter transacta & terminata, alteremque nihil amplius ab eo, cum quo agebat, petiturum.* Respondeo, eam hujus generalis clausulæ interpretationem faciendam esse, ut non de aliis causis transactum videatur, quam quæ specialiter deductæ fuerunt in præsentem; neque generalem hujusmodi clausulam, quamvis adjectum non sit, *eo nomine*, trahi debere ad controversias, de quibus spectatim dictum aut cogitatum non fuit, *l. qui cum, 9. in fin. ff. h. t. l. si de certa, 31. C. eod.* & ibi post alios pulchre Mornacius. Quod adeo verum est, ut tametsi stipulatio Aquiliana perimat non modo omnes obligationes, *l. 4. ff. eod.* sed etiam actiones in rem; *l. ut responsum, 15. C. eod.* attamen generalis clausula stipulationis Aquilianæ hujusmodi transactioni subiecta non alias quæstiones perimat, quam de quibus actum & cogitatum fuit, *l. 5. ff. eod.*

17. Ubi pro eo, quod vulgo legitur, *Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit.* Grotius in *spars. flor.* post Desiderium Heraldum deponit, *Liberationem enim captiosam interpretatio prudentum fugit.* Et recte; neque enim de donatione agit jurisconsultus, sed de liberatione, quam affert novatio, quæ fit per Aquilianam stipulationem & præcedentem obligationem perimit, quod & Pet. Faber jam antea animadvertit in explicatione *l. Divus Pius 28. de reg. jur.* Quidam vir doctus *c. 24. ad jus Attic.* legi vult, *Liberalitatem enim*, &c. quam vocem apud bonos auctores, certe apud nostros haud temere reperias: & videtur auctor iste parum æquus in Heraldum judex: aut certe aliquid humani passus contradicendi studio.

18. Nam & *c. 25.* ubi cum in *l. & si quis, 14. §. sed interdum, 7. ff. de relig.* ita scriptum sit, *utrum negotium quis vel defuncti, vel heredis, vel ipsius humanitatis*, &c. eam scripturam mordicus retinendam censet, cum Heraldus pro *humanitatis*, legendum *hereditatis* judicasset, quo nec verius restitutus ullus locus, nec menda ulla acutius animadversa est: quod & Grotio in *flor. spars.* visum. Nam humanitas ad sequens & oppositum membrum pertinet; nec aliud est, quam misericordia. Hereditatis autem negotium gerit, qui heredem non novit, attamen ei vult imputare, quod facit. Sed hoc leve est. Rara enim magna ingenia sine istiusmodi nævulis: quibus nec ipse Aristoteles caruit; nec veteres JC. præsertim Labeonis Epitomates, Javolenus & Paulus, ut alibi ostendo.

19. Cæterum quod diximus, etiamsi transactioni de controversia aliqua factæ subjecta sit clausula, *nihil amplius peti*, non addito *eo nomine*; tamen eam clausulam trahendam non esse ad eas res aut causas, de quibus actum non est, ei obstare videtur locus Scævolæ in *l. qui Romæ 122. §. ult. de verb. obl.* ubi talis species proponitur: Duo fratres consortes paternam hereditatem inter se diviserunt, transigendi, ut plerumque fieri solet, causa, *l. tres fratres 35. ff. de pact.* & caverunt invicem, *nihil se contra eam divisionem facturos, & si contra quis fecisset, pœnam alter alteri promisit.* Erant autem testamento patris invicem rogati, ut qui prior sine liberis vita fungeretur, partem suam fratri superstiti restitueret. Uno igitur ex iis sine liberis defuncto aliis scriptis heredibus, ab his superstes frater hereditatem petiit ex causa fideicommissi. Ait jurisconsultus adversum eum pronunciatum esse, quasi de hoc quoque in divisione transactum fuisset, nempe eum repulsum esse exceptione transactionis, cum tamen, si vera sunt quæ diximus, divisio illa per se non sit idoneum argumentum remissi fideicommissi. Respondeo, judicem, ut ita pronunciaret, alia argumenta movere potuerunt: neque enim verisimile est eo solo motum fuisse, quod fratres bona paterna transactione interposita diviserint, sed quia aliunde ei liquebat & satis probatum erat, de fideicommisso quoque fratres inter se transegisse. Quod si hæc responsio, quæ Cujacii est, non placet, dicam perperam illic a judice pronunciatum fuisse, quod & aliquo modo ipse Scævola innuere videtur. Notum autem rem judicatam pro veritate haberi, eique standum esse, etiamsi male judicatum sit: & ob id

id etiam pœna in casu proposito censetur commissa, *d. §. ult. in fin.* & ita judicatum in supremo senatu Hollandiæ decisæ 43. & curia Frisiæ, Sande *l. 4. tit. 5. defin. 14.*

20. Plane si tam aperta & enixa sint verba generalis clausulæ, ut dubitari nequeat, quin de quæstionibus omnibus fuerit cogitatum, idque inter transigentes actum appareat, ne qua litis materia superesset, neu quid relinqueretur indecisum, tunc non debet illa generali clausula coangustari ad rem certam, de qua nominatim etiam actum & transactum sit, & quæ transactioni occasionem causamque dederit: sed generalis decisio generalem quoque recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter transigentes supersit, qui non a lite tantum, verum etiam ab omni litis metu discedere voluerunt; Glossa notabilis in *l. sub prætextu, 29. C. h. t.* Duar. *ad h. t. c. 4. in fin.* Mornac. *in d. l. 29.* idque est, quod veteres quidam dicere solebant, caveant sibi contrahentes a stipulatione Aquiliana. Ant. Fab. *C. suo for. h. t. defin. 6. & 12.* Illud autem extra omnem controversiam positum est, transactionem generalem factam super petitione generali efficere transigentibus etiam quoad species postea repertas; quæ tempore transactionis latebant, dummodo ad idem genus pertineant, *d. l. sub prætextu, 29. C. h. t.* & ibi Gloss. & DD. ut idem hic sit effectus transactionis qui & sententiæ super petitione generali latæ: constat autem sententiam conformem esse debere libello, id est, petitioni & contestationi, *l. ult. C. de fideicom. libert.* & ita cape Mornacium in *d. l. 29.* cum ait hujusmodi transactionem etiam ad ea pertinere, de quibus cogitatum non est: quod alioqui falsum est. Nunquam enim transactio, quantumvis generalis, trahenda est ad eas res, de quibus inter transigentes nec actum nec cogitatum est, *legib. 5. legibus qui cum tutoribus, 9. §. 1. & ultim. ff. hoc. tit.* bene & distincte Donell. *dictorum lib. 29.*

S I-

SIMONIS VINNII
ARNOLDI FILII
ORATIO
DE CONSTANTIA JURIS NATURÆ,

Recitata cum Doctor U. J. Publice renuntiaretur postridie Kalend. Decemb. 1648.

SI eorum, quæ oratione tractantur, magnitudo & præstantia non aliunde, quam ex ejus, qui de iis differit, doctrina & dicendi copia ponderetur, magnopere mihi verendum esset, Auditores, ne hodierno die in hoc augustissimo & ad dicendum amplissimo loco splendor ac dignitas maximarum pulcherrimarumque rerum ingenii mei tenuitate & sermonis inopia minueretur. Nam cum more majorum verba ad vos facturus oratione mea adoriri constituerim magnos illos Philosophos, Protagoram, Aristonem, Pyrrhonem, nec non Trasymachum illum Platonis, & cæteros, qui contendunt jus nullum esse re ipsa, nullum, quod naturæ decreto constitutum sit, sed justum omne & æquum a sola hominum opinione & potentiorum placito profectum esse; facile animadverti longe gravissimam oblatam mihi esse materiam & ad falsam hanc sententiam, utut magnam veri præseferet speciem, confutandam ac profligandam, & ad ostendendum quid revera sit jus, quid æquum & bonum, quid justum & honestum. Hæc autem omnia si quis ita se tractare posse confidat, ut rerum magnitudini orationis pulchritudo respondeat, eum oportet aut ita exercitatum esse in dicendo, ut facultate sua fretus nihil sibi difficile atque arduum putet; aut ita imperitum, ut errore ductus rerum pondera & momenta satis acute atque intelligenter perspicere ac dijudicare non possit. Neque mihi nunc ulla alia res perculsum ac debilitatum in hac cogitatione animum erigit ac confirmat, quam quod apud eos viros loquendum est, qui & ea sapientia sunt, ut quanti quæque res sit, ex natura ipsius, non ex iis, quæ de ea dicuntur, ponderent, & ea lenitate ac mansuetudine, ut iis, qui potius, quam officium deserant, ejus onere opprimi malunt, facile ac libenter ignoscant.

Non sine causa a docto quodam viro dictum est, opinionem sacrum morbum esse: quippe quæ adeo potens est in rebus humanis, ut nacta semel consuetudinem abeat in mores, & diuturnitate temporis vim obtineat naturæ. Hinc fluxit vetus eorum error, qui putaverunt sola opinione non etiam natura jus omne constare. Videbant enim non idem apud omnes jus esse, non idem æquum & bonum, sed alium alio jure populum, & fere suo quemque uti. Apud Persas & Macedonas constituta fuit adversus ingratos actio: cum apud alios populos malum hoc fuerit impunitum. In seditione populari, qui neutrarum erat partium, tenebatur lege Solonis, eum is cæterarum civitatum institutis, probi quietique civis laude cumularetur. Lacædemonii & Ægyptii furta permiserunt, quæ apud alios passim prohibita; apud Athenienses ex lege Draconis etiam pœna capitis multata sunt; sicut & hodie nonnumquam furca laqueoque fures ulciscimur. Ex rapto olim vixere Cilices: Massagetæ communes uxores habuerunt; apud Persas matribus & filiabus misceri jus fasque fuit; quæ res aliis non horrenda modo, sed etiam odio digna, crudelique supplicio visa est. Possem sexcenta alia id genus exempla proferre, nisi id & otiosum esset & infinitum.

Non est autem quod hæc valde miremur in tanta populorum multitudine, quorum fere singulorum varia est & diversa indoles; in una atque eadem sæpe civitate & perbrevi tempore videamus leges ipsas mutari, corrigi & antiquari. Hinc tam multæ & frequentes earum abrogationes, derogationes, obrogationes, tot plerumque earum inter se repugnantiæ & dissensiones. Sed in rebus honestis, quarum proxima est cum justis cognatio, animadvertere est, more tantum & consuetudine quadam hominum inductas esse, cum nullum earum sit in natura discrimen. Persis turpe habebatur spuere, quod in reliquis populis non sit inhoneste. Corporis nonnullis partibus tantus additus est pudor, ut quædam omnino non appellentur suis nominibus: aliæ appellentur quidem, sed ita, ut honos præfandus sit: at istam verborum verecundiam, ut stultam & puerilem, explosferunt Stoici, qui nihil putabant turpe es-

se dictu, sed omnem turpitudinem in rebus ipsis & factis, non in verbis & voce consistere. Ex his omnibus jam effici videtur, totam istam justi & injusti, turpis & honesti distinctionem nullam re ipsa esse, sed injusta & turpia ea tantummodo duci, quæ legibus aut moribus cujusque populi prohibentur: quæ prohibitio si tollatur, aut contrario hominum usu paulatim antiquetur, jam vel naturæ consensu justa fore & honesta. Et est profecto hæc opinio non ficta, aut disputationis dumtaxat causa in scholis Philosophorum agitata, ut pleræque aliæ; sed habuit assertores suos plurimos, eosque magnos viros & doctos imprimis, a quibus diu multumque serio defensa est. Habuit Protagoram, magis etiam Aristonem & Pyrrhonem, qui hoc non disputationis gratia asseruerunt, verum quod ita se non habere plane sibi persuaserant. Habuit & Trasymachum illum Platonis, qui jus nihil aliud esse dicebat, quam quod placet & utile est potentiori: ac proinde quodcumque is, qui plus posset, lege sua juberet & vetaret, jus esse & quidem solum jus, neque ullam in eo esse naturæ veritatem.

Jam vero quod ab ipsa natura proficiscitur, constans est & æternum, semper & ubique idem, numquam sibi repugnans, numquam contrarium, nullo temporis cursu mutabile. Ignis ubique gentium & semper urit, nix apud omnes & omnibus alba est. Non magis Germanis & Gallis Symphoniæ jucundus auditus, non rerum bene olentium odor magis suavis, quam Indis & Garamantibus, aut contrariorum sensus magis contrarius. Hoc modo si jus non institutum, sed natum esset, quod quibusdam justum est, id apud omnes pro justo haberetur coleretur que, & sicut iisdem sensibus, iisdem etiam jussis veritisque omnes uteremur. Itaque cum multi summo ingenio singularique doctrina homines semper in hoc studio elaborarint, ac plures fortasse etiam quam in alia sententia, nemo tamen inventus e veteribus est, qui eam arte concludere conatus fuit, sed tamen quisque ex dispersis & disjectis partibus decerpsit, quantum potuit aut judicio suo assequi, aut memoria comprehendere. Unde ut videre est in eorum libris, non tam artificio ullo instructi, quam adjuti a natura, & legum, quam habebant, veterum memoria, quid justum vel injustum sit, respondebant. Et tamen quam plausibile & gloriosum autori suo id opus futurum fuisset, argumento est libertus Apii Claudii Cn. Flavius, qui ob expositas populo actiones, tantam in civitate gratiam est consecutus, ut Ædilis Curulis crearetur. Sed bene viderunt viri excellentes & callidi, non posse in formam artis jus civile redigi, cum totum situm sit in hominum institutis, quæ & incerta semper, & ad discendum cuique sunt facillima. Quare Jurisconsultorum memoria omnium in ore est, tanquam quæ ipsis aut sola sit, aut maxime necessaria, cum in cæterarum artium professoribus artificium quoddam & acumen ingenii desideretur: ut qui jura & instituta, quibus privati in quaque civitate utuntur, & actionem judiciorumque formulas memoria teneat, is in medio foro versari, atque in judicum tribunalibus regnare possit, magna cum opinione juris scientiæ. Quod ipsum & multis olim, ut Aculeoni aliisque, de quibus testatur Cicero, & nostra quoque tempestate usu venisse constat, qui in turba illa Forensi, & litigiosa multos annos versati nomen habuerunt magnorum patronorum & Jurisconsultorum, cum essent omnium litterarum rudes, & hujus civilis scientiæ ignorantissimi.

Atque hæc fere sunt argumenta eorum, qui opinione hominum jus esse constitutum putant, non decreto naturæ. Equidem fateor belle hæc ab iis, & vere etiam magna ex parte dici, ad probandum vero id quod volunt, accommodate nequaquam. Ajunt jus naturæ nullum esse, idque ostendunt ab institutis hominum, quæ inter se sunt dissimilia, cum natura sui sit semper similis; quasi vero id quod justum est, ex solis legibus & scitis populorum æstimandum sit, ac non potius ex eo, quod justum esse dictat ipsa naturalis ratio, seu insita animis hominum ac divinitus impressa justi & injusti notitia. Est sane id jus, quod positum est in legibus & populorum institutis, varium & incertum, atque ad quamlibet rerum opportunitatem mutabile. Nam cum ad cujusque populi indolem ac mores pro loci & temporum ratione accommodetur, fieri aliter non potest, quin diversum diversis civitatibus & populis statuatur: tum & ipsa temporum mutatio ac necessitas sæpe justam affert mutandæ legis occasionem. Pulchre Cæcilius JCtus apud Agellium, ab optimis, inquit, Rerumpub. gubernatoribus legum opportunitates & medelæ pro temporum & Rerumpub. generibus, ac pro utilitatum præsentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutantur atque flectuntur, neque uno statu consistunt: quin ut facies Cæli & Maris ita rerum atque fortunæ temporibus variantur. Lucius Valerius apud Livium, quas tempora, inquit, aliqua desideraverunt leges, mortales & temporibus ipsis mutabiles esse video: quæ in pace latæ sunt, plerumque bellum abrogat: quæ in bello, pax. Prudentes & eruditi Medici non eadem omnibus ægrotis, sed alia alia, atque adeo contraria plerumque pharmaca applicant: ad eundem modum sapientes quoque legum conditores leges ipsas ad indolem & mores cujusque populi adaptare debent, personarum, causæ, loci, temporisque semper habita ratione: nam si nullo judicio, nulloque rerum, personarum, locorum & temporum habito delectu actiones humanæ sive publicæ, sive privatæ ordinentur, acri sane dignaque reprehensione carere non possunt. Neque enim probari-

banda est Cleonis apud Thucydidem sententia, qui melius agi cum Republica aut civitate dicebat, quæ malis legibus, dummodo constanter, quam eum ea, quæ bonis, sed inconstanter, utatur. Quod vero jus ipsa humana ratio constituit, id ut per se justum & æquum est, ita & per se & suapte natura constans perpetuum atque unum est. Sed & quamvis non omnes legislatores idem semper statuant, idem tamen omnes sibi propositum habent salutem scilicet civium & Reipub. utilitatem. Una inquam semper est aut esse debet legislatorum omnium mens, ut æquitate constituenda cives suos ad primam illam & immutabilem naturæ justitiam revocent, quam si legibus scriptis exprimere nequeant, voluntate certe proxime accedunt. Ac ne illud quidem existimandum est, omnia esse justa, quæ sita sunt in populorum institutis aut legibus. An si quæ leges essent Tyrannorum, si triginta illi Athenis leges imponere voluissent, aut si omnes Athenienses tyrannicis legibus delectarentur, num idcirco hæ leges justæ haberentur? Si furta, si adulteria aliave flagitia apud quosdam populos impunita fuerunt, si sint gentes, in quibus & nato genitrix & nata parenti jungitur, an harum gentium barbari mores & pravum judicium efficere possunt, ut id, quod natura justum aut injustum est, tale esse desinat? Quid quod neque illi ipsi, quos diximus Lacedæmonii furta rerum omnium permiserunt, sed eduliorum tantum, neque omnibus furari, sed junioribus dumtaxat, quos furtim sibi alimenta comparare voluerunt, ut acuerent industriam, discerentque a pueris noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere, ita adultos bello meliores fore existimantes, testibus Xenophonte & Agellio: quamquam in eo stulti, quod furtorum consuetudine potius, quam virtutis amore & studio veram ingenerari fortitudinem crediderunt.

Quæ justorum eadem & honestorum distinctio est; quædam enim natura talia sunt, quædam vitæ communis usu introducta. Illa perpetua sunt, apud omnes ubique & semper honesta. In iis autem, quæ hominum consuetudine inductæ sunt honestates, tanta variatio est & dissimilitudo, quanta est in ipsis moribus, qui pro cujusque gentis dispari cultu & victu, varii & dispares constituuntur.

Quod vero de sensibus afferunt, cunctis eos hominibus & quocunque in loco eosdem esse, verum est cum sani sunt & valentes, nec ulla re alia impediuntur. At remum in aqua judicamus inflexum esse, & nimio æstu laborantibus tepent frigida, & febre correpti vini suavitatem non sentiunt. Sunt & in hominibus qui clarius cernunt, sunt qui liquidius audiunt, sunt qui odorantur sagacius, nec quisquam fere est, qui non proprii aliquid habeat in sensibus: & tamen eadem & una sensuum vis omnibus ingenita est, quamvis ea in unoquoque vakat pro suæ dumtaxat facultatis ratione.

Similiter mens humana multis sæpe est occæcata erroribus, nec semper verum a falso potest discernere, sed in eo subinde falitur non tam rerum ipsarum incertitudine, quæ nulla est, quam judicii imbecillitate & ignorantia. Neque tamen propterea putandum est mutari naturam; sed cum una sit & simplex, diversa nihilominus & multiplex affectis diverse animis apparet. Qui plus ingenio & doctrina possunt, rectius omnia judicant; qui utroque aut altero destituuntur, offendunt sæpissime. Ut in cantu multa exaudiunt Musici, quæ fugiunt ejus artis imperitos; & plurima non videmus in picturis, quæ vident Apelles & Parrhasii: neque tamen alia est pictura indoctis, alia doctis hominibus, sed ab iis, cum sit eadem, non eadem illorum aspectu sentitur.

Jus ipsum quidem per se nudum & apertum est, sibi constans, & jam tum a principio sui generis æterna lege definitum: sed id ad usus hominum & mores, qui varii sunt & incerti accommodare & difficile est & arduum. Atque ex eo fit, ut non idem fit de eo omnium judicium, aliudque alii faciendum videatur, aut non faciendum. Id vero accidere in rebus tam obscuris nemini mirum videri debet, cum ipsi sensus, quorum adeo clara sunt & certa judicia, persæpe hallucinentur. Nam Protagoræ jam pridem explosa sententia est, qui quicquid videtur tale esse dicebat, quale videretur; remum in aqua inflexum esse, quia talis apparet; & vinum ægroto acerbum, valenti suave esse, quia iis ejusmodi esse videatur. Idque probabat a rebus justis, quasi non alia de causa justæ essent, quam quod legislatoris opinione pro justis haberentur, abrogata lege tales esse & haberi desinerent; quo nescio an quicquam dici possit absurdius: neque enim juris aut rerum stabilitas vacillat, sed fallimur opinione & sensibus, dum illa prava est, hi corrupti. Quod si removerentur omnia, quæ obstant & impediunt, quo minus suo quodque naturali munere fungi perfecte possit, neque nobis unquam falsa persuasio imponeret, neque depravatus sensus deciperet, & omnium esset de omnibus certum & idem judicium: denique jus æque coleretur ab omnibus. Postremo nec illud satis argumenti est sola hominum inventione jus excogitatum esse, quod nulla dum arte sit conclusum. Multa enim sunt in rerum natura, quæ partim adhuc ignorantur, partim dissipata jacent & dispersa sine artificio, quæ tamen propterea dici non possunt vere non existere. Ac ne illud quidem verum est, non posse jus alicujus populi in artem redigi: nam si, ut ait Tullius, quæ longo negotiorum usu & Reipub. administrationibus observata sunt, hæc ab hominibus peritis animadversa & notata, verbis designata, generibus illustrata, parti-

tibus fuerint distributa, non intelligo quamobrem non, si minus subtili quadam definitione, aut utique vulgari opinione ars esse videatur, aut certe artis quædam similitudo & simulacrum. Quamobrem, utut ista quæ objiciuntur, qualemqualem fucum habeant, non adeo tamen plausibilia videri debent, ut a Platonis, Crysippi, Ciceronis, aliorumque sapientissimorum hominum sententia dimoveamur, qui non ab hominum opinione, sed a naturæ decreto jus fluxisse rectissime censuerunt. Nimirum fons legum omnium morumque natura est; finis ad quem ducimur ea ipsa natura est, natura inquam hominis, quam rectam rationem appellamus: nihilque revera justum aut honestum est, nisi quod huic rectæ rationi sit consentaneum; quamquam quid opus est rectum addere, cum quæ non sit recta ratio, eadem ne ratio quidem sit? Ut simia semper est simia, etiamsi purpura induatur, sic injustitia semper est injustitia, etsi ex legis auctoritate similitudinem quandam gerit speciemque justitiæ. Omnium, inquit M. Tullius, quæ in doctissimorum hominum disputatione versantur, nihil est præstabilius, quam plane intelligi nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura jus constitutum esse, atque hujus rei evidentissimum esse argumentum, quod etiam homines nullis artibus edocti, sed sola notione quam eis indidit natura, rationis sunt participes: cui autem rationem natura dedit, ei, inquit, & rectam rationem contulit: ergo & legem, cum lex nihil aliud sit, quam recta & a Nomine Deorum tracta ratio, præcipiens honesta, & vetans contraria. Omnibus igitur ratio, omnibus lex, & omnibus jus a natura datum est. Hoc autem jus semper & ubique justum est & fuit: nec aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthæc erit: nam ut recta ratio insita a natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit semper atque ex se justum est atque immortale. Quambrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari, vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones; in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipue elucet.

Eruditissimo Juveni,

SIMONI VINNIO,

CUM

Summorum, qui JCtis debentur, honorum gratia, de divinis humanisque rebus in Illustri Leidensi Batavorum Academia graviter responderet, ac eisdem, more majorum, merito ornaretur.

Quod Themidi promit Vinnii facundia, Magni hoc
Et Patris & Nati filius instar habet.

V. CL.

ARNOLDI VINNII, J. C.

& hujus Academiæ Ornamenti incomparabilis, Collegæ mei Filio unico, & in aliorum exemplum nato eductoque.

L. M. Q.

Posui

MARCUS ZUERIUS BOXHORNIUS.

SIMO-

SIMONIS VINNII
ARNOLDI FILII J. U. D.
ORATIO
DE SAPIENTIA ROMANORUM.

In jure constituendo; reddendo, interpretando, habita Idib. Januarii MDCLI.

FUIT olim proverbium hoc, Auditores Spectatissimi, tota Græcia celeberrimum maximeque usurpatum, ἣν ἔλαχες σπάρτην, κόσμει, Spartam nactus, hanc exorna. Cujus proverbii origo primum ab ipsis Spartanis civibus nata est, & inter se ad civitatis suæ dignitatem pro virili amplificandam communi ista & populari voce cohortantibus, post vero ita celebratum est, ut ad quasvis honestas & probatas functiones accommodaretur. Quam ego vocem cum ad me quoque pertinere existimarem, non committendum putavi, ut eam omnino neglexisse, aut pro nihilo habuisse videri possim. Concessa mihi potestas est a Nobilissimis inclytæ hujus Academiæ Curatoribus, nec non collegis eorum florentissimæ hujus urbis Consulibus, duos illos Pandectarum seu Digestorum juris epilogos, quorum alteri titulus est de verborum significatione, alteri de diversis regulis juris antiqui, publice interpretandi, iis uempe diebus, quibus Clarissimi Professores a lectionibus publicis abstinere solent. Cæterum ne illotis, quod ajunt, pedibus hanc provinciam dicar ingressus, pro ea, quæ moribus usque recepta est, consuetudine, priusquam ad ipsam interpretationem accedam, verba ad vos ex hoc loco mihi facienda duxi, deque illustri aliquo argumento more a majoribus per manus tradito disserendum. Putavi autem non usque adeo alienum ab instituto hoc nostro fore, si de singulari illa pop. Rom. sapientia, qua usus est cum in legibus ferendis, & jure constituendo, tum in eo reddendo interpretandoque, in præsentia dissertarem. Quam utique admirabilem fuisse necesse est, cum etiam nunc, quotquot sunt respublicæ bene constitutæ, leges & jus civile Romanorum venerentur, atque ad hujus normam ultro se hodie componat orbis Christianus. Non repetam rem a primordio urbis, a legibus Romuli aut Numæ, verum a decemvirali illa, quam merito fontem dixeris omnis publici privatique juris.

Exactis urbe regibus pop. Romanus aliquamdiu incerto magis jure & consuetudine usus est, quam legibus latis, utpote legibus regiis una cum tyrannide pulsis, abolitisque lege Tribunitia, lata a Junio Bruto Tribuno Celerum, eo ipso, qui & reges ejecerat. Sed cum ea res materiam litium civibus præberet, magnasque sæpe excitaret contentiones, placuit tandem, nec ita multo post, certas ferri & stabiles leges, ad quarum præscriptum tum publice universi, tum privatim singuli se conformarent.

Sciebant Prudentissimi mortales, non quicquid ubique egregium est, id in unius populi legibus aut moribus reperiri: quam ob causam nec unius tantum civitatis jura cognoscere voluerunt, sed plurium, earumque sapientissimarum, atque ex omnium harum institutis, quod usquam speciosum, decerpere atque ad se transferre. Qua in re imitati videntur exemplum Zeuxidis Heracleotæ pictoris nobilissimi, qui cum Helenam Crotoniatis pingendam suscepisset, petiit ab iis, ut virginum, quas haberent formosissimas, sibi inspiciendarum copia fieret, ex quibus, de publico consilio omnibus in unum locum conductis, ille quinque excellentis formæ delegit, ut quod in singulis laudatissimum erat, pictura redderet; neque enim putabat omnia quæ ad venustatem quæreret, uno in corpore se reperire posse.

Miserunt igitur legatos in Græciam ad illas omnium doctrinarum inventrices Athenas, qui inclytas Solonis leges describerent, quas ille unus e septem sapientibus Græciæ, & eorum facile princeps Atheniensibus scripserat, sublatis prioribus Draconis, in quibus nihil fuisse fertur memorabile præter pœnarum acerbitatem. Misere Lacedæmona qui ediscerent leges Lycurgi, quas ille Spartanis tulisse fertur, adhibito prius in consilium Deo. Misere & ad alias urbes Græcas, non modo quæ in Græcia, sed & quæ in Italia erant, ut omnium harum civitatum leges, instituta, moresque explorarent. Misere in Hetruriam, qui religiosa Tuscorum cognoscerent, quo ritu urbes condantur, aræ, ædes facientur, qua sanctitate muri, quo jure portæ sint, aliaque ejusmodi, quæ libris ritualibus religiosissimæ gentis continebantur. Ex tot clarissimarum civitatum institutis & legibus, simul

ſimul ex eo jure, quod civitatis Romanæ proprium fuerat delectis quæ uſquam egregia, conflatum a Decemviris eſt jus civile Quiritum, compoſitæque illæ tantopere celebratæ leges XII. tabularum. Nos quidem harum legum nihil præter fragmenta quædam & rudera habemus. Cæterum hoc conſtat, tripertitam fuiſſe XII. tabularum diviſionem: prima parte comprehenſum id jus, quod ad ſacra & religionem pertinet, veluti Pontificium, & augurale: altera jus publicum, ſpectans ad ſummam Reip. poteſtatem populi in bello paceve decernenda, in magiſtratibus creandis, legibus jubendis aut antiquandis, privilegiis irrogandis: tertia, jus privatum, hoc eſt, id jus, quod cujuſque civis utilitatem privatim reſpicit, atque in hanc partem, quæ longe maxima fuit, jura rerum acquirendarum, poſſeſſionum, hereditatum, obligationum, actionum, cæterorumque, quæ ad rem familiarem cujuſque pertinent, relata fuiſſe. Non temere igitur Marc. Tullius in perſona Luc. Craſſi diſputans dixit, totam civilem ſapientiam bene deſcriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus XII. tabulis contineri: adeoque ſi quis cum Græcorum Lycurgo, Dracone, Solone Romanas leges conferre voluerit, eum facillime intellecturum, quàm jus omne civile præter unum Romanorum, inconditum ſit ac pene ridiculum.

Procedente tempore jus civitatis adauctum, latæ & aliæ leges & plebiſcita pro legibus accepta. Cæterum etiam in hoc legum cumulo fons omnis ſacri & humani juris manſit lex XII. tabularum. Porro ad commendationem juris Romanorum plurimum valuit ea pars, quæ poſita eſt in jure dicundo interpretandoque. Jus dicentis officium latiſſime patere voluerunt, nec conſiſtere tantum in jure conſtituto privatim ſingulis poſtulantibus reddendo, verum etiam in jure edictis publice univerſis proponendo, ac velut conſtituendo, facta magiſtratibus poteſtate, ea, quæ a legibus & jure civili proficiſcebantur, mitigandi, ſupplendi, adjuvandi, corrigendi, prout aut naturalis æquitas, aut utilitas publica poſtulare videretur, ſalva populi legumque majeſtate; quod jus honorarium appellaverunt, & vivam eſſe vocem juris civilis Marcianus JC. ſcripſit. Illud vero præcipue & auctoritatem legibus Roman. attulit, & ſtabilitatem, quod magno in honore ac pretio apud eos ſemper fuit juris conſtituti cognitio atque interpretatio. Sciebant enim non ſatis conſuli civibus ſola legum ſanctione, niſi ſint in civitate qui vim legum intelligant, eaſque interpretari, atque in infinita rerum & negotiorum varietate populo de jure reſpondere poſſint: qui quaſi cuſtodes ſint juris civilis, quorumque auctoritate ſua conſervetur legibus auctoritas, atque ad poſteros tranſmittatur. Itaque huic muneri præeſſe voluerunt ampliſſimos quoſque & clariſſimos viros, ipſa civitatis lumina, Claudios, Scipiones, Mucios, Catones, Brutos, Craſſos, Lucilios, Gallos, Sulpitios, alioſque plures, quos omnes conſtat juris civilis ſententiam profeſſos eſſe, interpretando, reſpondendo, pleroſque etiam docendo, diſputando, ſcribendo. Ecquam autem aliarum gentium commemorare poſſumus, non dico quæ in hoc genere certare cum populo Romano poſſit; ſed in qua ſtudium juris civilis aliquo in pretio habitum & vel negligenter excultum fuiſſe videtur? ubi tandem aut inſtitutas de jure diſputationes, aut ſcriptos libros fuiſſe legimus? ubi denique nomen ipſum vel Juriſconſultorum vel Juriſprudentium niſi apud populum Romanum auditum? Utique non eadem apud Græcos pragmaticorum, quæ Juriſconſultorum apud Romanos vel facultas vel dignitas fuit. Apud Græcos, qui ſeſe privatorum negotiis, rebuſque agendis interponebant, non Juriſconſulti, ſed pragmatici nominabantur, quaſi dicas negotioſi formularii, homines, ut Craſſus apud Ciceronem ait, infimi & mercenarii, qui ſe miniſtros in judiciis oratoribus præbebant. Non ſum inquit Fabius, moris noſtri ignarus, oblituſve eorum, qui velut ad arculas ſedent, & tela agentibus ſubminiſtrant: neque idem Græcos quoque neſcio factitaſſe, unde nomen his Pragmaticorum factum eſt. Et Antonius 1. de Oratore; Itaque Græci, inquit, diſertiſſimi homines, miniſtros habent in cauſis Juriſperitos, cum ipſi ſint imperitiſſimi, & qui pragmatici vocantur, in quo noſtri omnino melius multo, quod clariſſimorum hominum auctoritate leges & jura tecta eſſe voluerunt. Et recte profecto. Non enim Romani item ut Græci, Juriſconſultorum ſuorum munus in tam exili & tenui opera conſumi voluerunt, ut actionibus tantum ac formulis, cautionibuſque præeſſent; ſed in æquo bonoque civibus omnibus reſpondendo. Quapropter præclare mihi Celſus artem juris definiviſſe videtur, artem æqui & boni. Siquidem Officium JCti & prudentia illius maxime in eo conſiſtit, ut quid in unaquaque re æquum, quid iniquum ſit videre, tum diſcernere, & de eo reſpondere poſſit conſilium ſibi expetentibus. In recti, inquam, pravique diſcrimine: cum illi, qui ſe ad album ſolummodo & rubricas transferunt, formularii, vel, ut Cicero ait, leguleii quidam efficiantur. Igitur Romæ ampliſſimi quique cives & nobiliſſimi viri; quaſi juris civilis cuſtodes, in hoc munere, tanquam in præſidio aliquo locabantur, a quibus cæteri cives, quid æquum bonumque eſſet, cum uſus veniret, exquirerent. Atque hi non contenti communi quadam legum & conſuetudinis intelligentia, omnes bonarum literarum opes, cunctas eruditionis juſtæ ac legitimæ partes ſibi comparabant, diſciplinam Reipubl. cauſam Imperii cognoſcere, omnem denique bene vivendi rationem tenere & perſequi ſatagebant. Jam vero quantum illud eſt, quod Juſtitiæ ſacerdotes ſeſe profiterentur, veræque & non ſimulatæ Philoſophiæ ſectatores; nimirum ne-

ceſ-

necesse est eos fuisse viros graves, sanctos, severos, incorruptos, inadulabilea, vi & majestate æquitatis veritatisque terrificos. Ad hos vel transverso obambulantes foro, vel in solio sedentes domi sic adibatur, non solum ut de jure civili ad eos, verum etiam de filia locanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio aut negotio referretur. Quod sane præclarum ac majestatis plenum fuisse constat; vel cum alacri illi ac prompto ore huc atque illuc intuentes vagabantur magna cum caterva toto foro, præsidium clientibus, atque opem amicis & prope cunctis civibus lucem ingenii & consilii sui porrigentes atque tendentes, vel cum in ea domus parte, ubi majorum imagines asservabantur, quasi augusto aliquo loco sella posita Divæ Justitiæ oracula enunciabant atque fundebant. Quare non immerito Marcus Tullius dixit, domum Jurisconsulti oraculum esse totius civitatis, unde sibi, si non populi & Reges, ut ab illo apud Ennium Pythio Apolline, at omnes sui cives consilium expetant, suarum rerum incerti, quos ille ex incertis certos, compotesque consilii dimittat, ut ne temere res tractent turbidas. Præclare igitur sapientissimus Poeta, qui cum suas cuique genti laudes attribuisset, pingendi, sculpendi, observandi cæli, Romanis reipublicæ constituendæ scientiam adjudicavit: *Tu regere*, inquit, *imperio populos Romane memento: Hæ tibi erunt artes*, *pacique imponere morem*, & quæ sequuntur.

Accepto Principe ingens accessio facta, ac tum demum hoc civile studium ad summum perductum est. Nam cum vitio sæculi paulatim invaluisset, ut passim & promiscue cuivis, qui modo studiorum suorum fiduciam haberet, fas esset JCtum se profiteri, & pubilce de jure respondere, ne vel multitudine profitentium, vel quorumdam imperitia, ignavia, sordibus res tanta vilesceret, atque ut Pomponius noster in historia de origine juris scribit, quod major esset juris auctoriras, D. Augustus constituit, ut ex sua auctoritate de jure responderetur, nec quemquam ex eo tempore passus est juris scientiam profiteri, publiceve de jure responsitare, nisi cui id beneficii loco, ob insignem virtutem, singularem eruditionem ac cognitionem juris civilis ipse concessisset. Quod institutum atque exemplum Augusti reliqui deinceps Principes secuti sunt. Posteriores etiam hoc addiderunt, ut ne quis JCti titulo prius insigniretur, quam jurati Doctores, quorum opera usus esset, testati fuissent, dignum esse atque ea eruditione jurisque intelligentia præditum, ut in numerum recipi & matriculæ Togatorum inseri posset.

Sed quod omnium maximum est, ipsi Principes, quibus nunc solæ commendantur disciplinæ Mathematicæ, non aliud studium magis, quam juris civilis excolebant. Apud Historiæ Augustæ scriptores, nihil occurrit crebrius, quam quod ipsi Principes jus assidue, laboriosissime ac severissime dixerunt. Cum autem jus dicerent aut judicarent, adhibebant in consilium non amicos aut comites suos, sed viros sapientes & clarissimos ex ordine JCtorum, sicut Ælius Spartianus de Hadriano refert, eum cum judicaret, in consilio habuisse Julium Celsum, Salvium Julianum, Neratium Priscum, nec alios adhibuisse, quam quos universus Senatus probavisset. Testes sunt iidem Augustæ historiæ scriptores hunc veterum Principum morem fuisse, ut Justitiæ solium quotidie frequentarent, non solum ut id nuda sua decorarent præsentia, sed ut ipsi civibus de jure responderent, causas cognoscerent, partes audirent, sententiam pronunciarent. Cujus rei luculentum exemplum nobis exhibet Marcellus libro Digestorum vigesimo octavo. Prolatum erat in auditorio Principis testamentum, in quo heredum nomina testator induxerat; quam ob causam bona a fisco vindicabantur, scriptis heredibus indignitatis insimulatis. De legatis tamen diu dubitabatur. Advocatus fisci dicebat, Vos, scripti & inducti habetis judices vestros, præfectos ærarii, non est quod Imperatorem de ea re sollicitetis. Vivius Zeno dicebat, Rogo, Domine Imperator, audias me patienter, quid de legatis statues? Cui Antonius Cæsar (Nam apud Marcum Antonium Philosophum hæc causa agitabatur) videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina hæredum induxit? Respondet Cornelius Priscianus Advocatus Leonis, nomina hæredum tantum inducta sunt, Domine Imperator. Replicabat Longinus advocatus fisci, non potest ullum testamentum valere, quod hæredem non habet. Priscianus dicebat, manumisit quosdam, Domine Imperator, & legata dedit. Tandem Antonius Cæsar remotis omnibus cum deliberasset, & admitti rursus eosdem jussisset, sententiam ipse proferens dixit, Causa præsens videtur admittere humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus testatorem irrita esse voluisse, quæ induxit. Hoc exemplum & formam nobis exhibet, qua in cognoscendo & judicando Principes olim usi, & simul ostendit bonos Principes in re dubia contra fiscum pronuntiare solitos, cujus causa nunquam mala est, nisi sub bono Principe.

Sed nec hoc prætereundum, quod nunquam temere aut inconsulto, nunquam sine manifesta civium utilitate quicquam novi juris constituebant, sed explorato prius judicio & sententia virorum prudentum, censentne illi id posse recipi salva ratione juris constituti, tum an in eo tam evidens ac justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent rei novæ constituendæ. Sic legimus D. Augustum prudentissimum Principem, non ante irrepentem in Rempublicam codicillorum usum sua auctoritate confirmare voluisse, quam convocati viri sapientes (inter quos Trebatius tunc erat maximæ dignationis) censuissent, morem istum civibus & utilissimum esse &

per-

pernecessarium. Imperator Alexander ipse Princeps JCtissimus nullam legem sanxisse fertur, nisi adhibitis prius in consilium xx. Jurisperitis, & id quidem ut iretur per sententias singulorum, scriberenturque quod quisque dixisset, dato etiam spatio ad disquirendum cogitandumque, priusquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus tanti ponderis & momenti. Hoc jus tam prudenter tam pensiculate constitutum non potuit non se latissime diffundere per universum orbem Christianum. Diffudit autem se ac propagavit non tam potentia imperii Romani, quam legum a Romanis latarum evidentissima æquitate, utilitate ac justitia: adeo ut hodieque tanquam jus aliquod gentium ubique fere locorum colatur, atque in omnibus bene constitutis Academiis publice doceatur.

A Justiniano sacratissimo Principe etiam hoc habemus, quod is immensa veteris prudentiæ volumina in unum corpus contraxit, atque ea, quæ diffusa & dissoluta fuerant, certo volumine comprehendit, atque arte quadam sic conglutinavit, ut jam etiam multo facilior, quam antea fuerat, cœperit esse juris civilis cognitio. Hoc autem volumen, quia ordine quodam dispositum est, omnisque generis veterum consultorum sententias & responsa complectitur, Digesta, aut Græca voce Pandectas appellari voluit. Huic porro tanto operi ut colophonem adderet, duplicem ei subjecit epilogum, quorum primus est verborum, quibus passim in jure utimur; alter rerum, qui ex regulis juris conficitur. Utique meat ac sese diffundit per universum juris corpus, haud secus ac venæ atque arteriæ per corpora nostra atque aliorum animalium diffusæ & dispersæ sunt. Uterque tam in foro quam in scholis versantibus cognitu non modo perutilis verum etiam necessarius. Uterque commentarii vicem tyronibus in studiorum primordiis utilissimi exhibere potest. Equidem non ignoro esse nonnullos, qui contendunt verborum significationes nihil ad eos, qui juris scientiam profitentur, pertinere, sed hoc totum esse professione Grammaticæ: sed profecto illi homines toto errant judicio. Quid enim juvabit vel in scholis vel in medio foro versari, si ea, quæ dicuntur aut proferuntur, non intelligamus?

An non in omni disciplina prima est verborum & dictionum ac phrasium disputatio? an non verba ad hoc inventa ut sententiam & voluntatem dicentis declarent? Ideoque Plato princeps ingenii & doctrinæ dicere solebat, primam esse debere verborum curam, licet rerum potissima sit: quippe verba notas esse rerum, omnemque orationem a rebus oriri ac dependere, ut qui in hisce notis ac symbolis erraverit necessario etiam ipsis in rebus sit hallucinaturus. Atque ut omnes artes ac disciplinæ proprias & peculiares habent voces, citra quarum intelligentiam ad rerum cognitionem nullo modo perveniri potest, ita & vel maxime disciplina juris. Certis & solemnibus verbis conceptæ leges, Senatusconsulta, edicta, certæ hæredum institutionis, legatorum, cautionum, stipulationum, actionum, aliorumque id genus formulæ, in quorum omnium interpretatione veterum JCtorum versatam esse industriam minime ignotum est. Lepidum est, quod Aulus Gellius de quodam celeberrimi nominis Grammatico refert, qui interrogatus a Gellio, quid esset ex jure manum consertum, respondit se rem Grammaticam docere, non jus respondere. Sed inquit si quid ex Virgilio, Plauto aut Ennio quærere habes, quæras licet: atqui inquit Gellius, ex Ennio est quod quæro. Sic enim Ennius, *Non ex jure manum consertum, sed mage ferro Rem repetunt*, &c. & simul ire jussit hominem, ac discere unde Ennius didicerat, ad juris aliquem peritum. Alter Epilogus, qui rerum est, ut dixi, atque ex regulis juris conficitur, rejectus est in locum extremum, & sane quidem merito. Quid enim aliud sunt illæ regulæ, quam veluti rivuli quidam ex fontibus juris constituti manantes ac diducti? quam velut porismata quædam ordine consecutionis universali legum doctrina posteriora? Unde illud hujus epilogi initio: Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula colligatur & fiat. De hujus epilogi sive tituli utilitate nihil aliud in præsentia dicam, nisi quod Ulpianus noster commendaturus titulum de integrum restitutionibus, hic titulus, inquit, commendatione non eget: ipse enim se satis ostendit. Nam sive eos spectamus, qui jus civile interpretantur docendo scribendove, aut qui in foro reos tuentur atque defendunt, & de jure consultoribus respondent, vel denique qui jus dicunt redduntque, ut magistratus & judices, hi, inquam, omnes, nisi in mundo atque in promptu habeant copiam quandam harum juris regularum ac præceptorum, vix est, ut munere suo recte defungi queant. Sed de his latius disserendi, Deo volente, dabitur occasio quando, quod nunc superest, manum operi suscepto admovebimus, Spartamque quam nacti sumus, pro virili rebus ipsis & factis exornare conabimur.

Faxit Deus Opt. Max. præses & tutor inclytæ hujus Academiæ, ut hæc res mihi vobisque omnibus, & Reipublicæ literariæ bene feliciterque eveniat.

IN EXCESSUM
SIMONIS VINNII A.F.J.C.
JUVENIS EXIMII.

VInniadem rapuit juvenem florentibus annis
Mors. Cur sed juvenem? Credidit esse senem.

Manibus Memoriæque

SIMONIS VINNII,

Magni Patris Magni Filii, ut præstantis jam magna, ita majora pollicentis, Eruditione, Ingenio, Judicioque, & rara morum Comitate Ornatissimi, in ipso Ætatis flore rapti, parentum pluriumque jam desiderii.

T. M. Q.

S.

BOXHORNIUS.

AD
PATREM DEFUNCTI.
SENEM MOESTISSIMUM,

VEstitur arbor mille sæpe floribus,
Fructusque nullus mille sæpe est floribus.
Ridere cum jam spes videtur, decipit.
Animum pater, totumque te, VINNI, erige.
Fortuna fortes opprimit numquam viros:
Humoque tollit, sævior cum jam fuerit.

BOXHORNIUS.

AD

AD

Amplissimi & Clarissimi Viri,

ARNOLDI VINNII,

In Celeberrima Lugdun. Batav. Academ. Juris Professoris Primarii, unici Filii.

SIMONIS VINNII, J.U.D.

inopinum Funus.

QUI nuper dirus luxit, Linemanne, Cometes,
Veri præsagum Te probat esse Virum;
Sublimi ingenio natis juveniliaus annis
Dixisti vereor, Magne, malignus erit.
Est ita, lethiferum hoc lumen vix condidit æther:
Sidereæ mentis lumen & ecce cadit.
Aspice Belgarum Virtuti nata juventus,
Occidit ecce tui lux veneranda chori.
Ille juventutis Princeps, flos ille virescens
Musarum, verno tempore morte perit.
Vergentis Patriæ columen, fulcrumque senectæ,
Heros præclari Nominis, atque decus.
VINNIUS ille riget, quem nuper rostra Cathedræ
Portarunt, hunc nunc atra feretra ferunt.
Germanis effertur amor, Belgisque voluptas;
Cor matri, juri gloria, vita patri.
Mento canescant mente hic, multique Capillo,
Pectore sed juvenis mortuus hicce senex.

Et Germanos æstimare Belgas, & esse Belgis quod ament, & mirentur Germani exemplo vita functi Cl. Viri amici quondam sui Col. L. M. Q. innuere voluit.

D. L. B. L.

FINIS.

IN-

INDEX

Rerum & Verborum.

D

E

F I N I S.

Ve-

Venezia 10. *Ottobre* 1800.

L'IMPERIAL REGIO

GOVERNO GENERALE.

VEdute le Fedi di Revisione, e di Censura, Concede Licenza alla *Dita Baglioni* di ristampare, e pubblicare il Libro intitolato: *Arnoldi Vinnii JC. Tractatus Varii &c.* osservando gli Ordini in Materia di Stampe, veglianti all'Epoca *1796.*, e consegnando le solite copie alle Pubbliche Librerie di Venezia, e di Padova.

(GRIMANI.

Gradenigo Segr.